This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

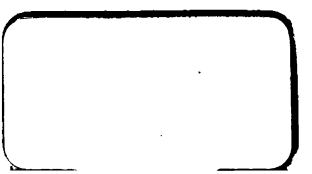
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

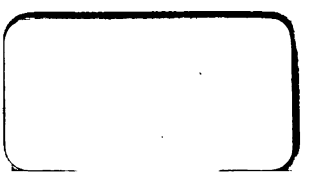
L. Rom. Antiq. e. 30

Roman
500
I25a4



L. Rom. Ant. e. 30

Roman
500
I25a4



Geiſt des römiſchen Rechts

auf den

verſchiedenen Stufen ſeiner Entwicklung.

Von

Rudolph von Jhering,
Geh. Juſtizrathe und ordentl. Profeſſor der Rechte in Göttingen.

Zweiter Theil.
1. Abtheilung.

Vierte revidirte Auflage.

Leipzig,
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
1881.

Geiſt des römiſchen Rechts

auf den

verſchiedenen Stufen ſeiner Entwicklung.

Zweiter Theil.

Erſte Abtheilung.

Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Von

Rudolph von Jhering,

Geh. Justizrathe u. ordentl. Professor der Rechte in Göttingen.

Zweiter Theil.

Erste Abtheilung.

Vierte verbesserte Auflage.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1880.

Geiſt des römiſchen Rechts

auf den

verſchiedenen Stufen ſeiner Entwicklung.

Zweiter Theil.

Erſte Abtheilung.

Geiſt des römiſchen Rechts

auf den

verſchiedenen Stufen ſeiner Entwicklung.

Von

Rudolph von Ihering,

Geh. Juſtizrathe u. ordentl. Profeſſor der Rechte in Göttingen.

Zweiter Theil.

Erſte Abtheilung.

Vierte verbeſſerte Auflage.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1880.

Das Recht der Ueberſetzung in andere Sprachen bleibt vorbehalten.

Vorrede zur vierten Auflage.

Die gegenwärtige Auflage dieſes Bandes enthält im Weſentlichen einen unveränderten Abdruck der dritten, nur S. 105—108 iſt umgearbeitet, und ſodann ſind die vielen Irrthümer, welche ſich in den Citaten eingeſchlichen hatten, berichtigt worden. Ich habe dies Mal, was ich früher verſäumt hatte, ſämmtliche Citate nachgeſchlagen und bin erſtaunt geweſen darüber, wie viele derſelben unrichtig waren, ich hoffe, daß die jetzige Ausgabe einen in dieſer Beziehung vollſtändig berichtigten Text bieten wird; einige wenige Citate, die ich trotz aller Mühe nicht im Stande war feſtzuſtellen, habe ich gänzlich weggelaſſen. Nachträge neuerer Literatur habe ich aus Gründen, über die ich mich ſchon in der Vorrede zum erſten Bande ausgeſprochen habe, faſt gar nicht gemacht; ich habe die neuere Literatur nur an zwei

Stellen berückſichtigt, wo ſie mich zwang, frühere Anſichten etwas zu modificiren: S. 105 in Betreff des pro tutela agere und S. 184 in Bezug auf die befreiende Wirkung des Cenſus für das in mancipio befindliche Hauskind.

Göttingen, den 27. Januar 1880.

Der Verfaſſer.

Inhalt des zweiten Theils.

Erste Abtheilung.

Zweites Buch.

Das spezifisch römische Rechtssystem.

§. 22. Einleitung. S. 1—7.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Charakteristik des Rechtssystems.

I. Aeußerer Eindruck der Rechtswelt.

§. 23. Oeffentlichkeit des Rechtslebens — Plastik des Rechts. S. 8—19.

II. Die Grundtriebe der ältern Rechtsbildung.

1. Der Selbständigkeitstrieb des Rechts.

Vorbemerkung.

§. 24. Die Selbständigkeit des Rechts in formaler und materieller Beziehung. S. 19—28.

1. Erhebung des Rechts zu der ihm eigenthümlichen Form.

§. 25. Die Sitte und das Gesetz, geschriebenes und ungeschriebenes Recht — Bedeutung dieses Gegensatzes für die Selbständigkeit des Rechts — Verhalten des ältern Rechts zu diesem Gegensatz (Privatrecht — öffentliches Recht — die Volksgerichte). S. 28—50.

2. Die innere Selbständigkeit des Rechts.

§. 26. Ausscheidung fremdartiger Elemente — abgesonderte Befriedigung derselben, des religiösen im fas, des moralischen und politisch-ökonomischen in der Censur — die Censur ein Ableiter für das Recht. — Scharfer Gegensatz zwischen Recht und Moral. S. 50—62.

3. Selbsterhaltungs- und Erweiterungstrieb des geschriebenen Rechts.

§. 27. Dauerhaftigkeit des Rechts der Zwölf Tafeln — Gründe dieser Erscheinung — Inneres Leben des Gesetzes — die alte Interpretatio. S. 62—67.

4. Sicherheit und Unabhängigkeit der Verwirklichung des Rechts.

§. 28. Der Grundsatz der Unverletzlichkeit der jura quaesita — die Unabhängigkeit der Justiz, innere und äußere — Verhältniß der Polizei und der Verwaltung zur Justiz. S. 67—87.

II. Der Gleichheitstrieb.

§. 29. Factische und rechtliche Gleichheit — das Generalisirungssystem — Rechtliche Verschiedenheiten und Ungleichheiten vor dem Gesetz — Wesen der altrömischen Gleichheit — Aeußerungen derselben im öffentlichen und Privatrecht — Unterschiede der Personen und Sachen — Stellung des Richters — Berechnung der Zeit und des Schadenersatzes — Bleibende Bedeutung des Gleichheitstriebes für das römische Recht. S. 88—122.

III. Der Macht- und Freiheitstrieb.

§. 30. I. Das System der Freiheit und Unfreiheit im Allgemeinen. S. 122—133.

II. Das römische System. S. 133—308.

A. Die Stellung des Individuums.

1. Die Freiheit und Macht das Ziel des subjectiven Willens.

§. 31. Die römische Herrschsucht im Allgemeinen — die politische und persönliche Freiheit — die abstracte privatrechtliche Freiheit und die effective

Gebundenheit des Subjects. — Die Sitte und die Macht der öffentlichen Meinung in Rom. — Das System der privatrechtlichen Autonomie in seinen einzelnen Theilen. S. 133—155.

2. Die hausherrliche Gewalt insbesondere.

§. 32. Das Haus ein Asyl — äußere und innere Abgeschlossenheit desselben — die drei Gewalten des Hauses (über Sklaven, Kinder, Frauen) — abstract-rechtlicher Inhalt derselben — thatsächliche Gestalt der Sklaverei im römischen Leben. S. 156—194.

2a. Thatsächliche Gestalt der Familienverhältnisse im Leben.

§. 32a. Zweck und Sinn der familienrechtlichen Gewalt — Der innere Friede des römischen Hauses — Das Familienleben — Stellung der Frau und Kinder — Die Verwandtengerichte. S. 194—218.

3. Der objective Freiheitsgehalt der Institute eine Schranke der subjectiven Autonomie.

§. 33. Die Gefahr der Selbstvernichtung eine Klippe der subjectiven Freiheit — der Objectivismus in der Auffassung der Freiheit (die Freiheit eine Pflicht) — Nachweis desselben am römischen Recht, namentlich am Eigenthum (Servituten). S. 218—234.

4. Die Wohlfahrtsfrage und der Staat.

§. 34. Theilnahme des Staats an dem Wohl des Individuums — die s. g. sociale Frage — Quellen des Pauperismus (der Sklave der böse Feind der römischen Gesellschaft) — die Stellung der höhern Stände (sociale Verpflichtung derselben) — Maßregeln von Seiten des Staats. S. 234—259.

B. Der Macht- und Freiheitstrieb innerhalb der Magistratur.

§. 35. Das freie Walten der Persönlichkeit in Verhältnissen des öffentlichen Rechts — die Machtstellung der römischen Magistrate — die Garantieen gegen den Mißbrauch der Amtsgewalt — die staatsrechtliche Praxis — Bedeutung der Persönlichkeit für die Magistratur. S. 260—292.

C. Hiſtoriſche Bedeutung des Syſtems der Freiheit.

§. 36. Die Abſtraction des Freiheitsbegriffes in ihrer Bedeutung für das Privatrecht — die Selbſtändigkeit der Abſtraction gegenüber dem Leben — die Productivität der autonomiſchen Bewegung des Verkehrs — Die natürlich-ſittlichen Beziehungen des Syſtems zur römiſchen Welt. S. 292—308.

Zweites Buch.

Das spezifisch römische Rechtssystem.

Einleitung.

XXII. Die Aufgabe des vorliegenden Buchs beſteht in der Charakteriſtik des ſpezifiſch römiſchen oder ſtrengen Rechtsſyſtems (jus strictum).[1] Wie gelangen wir zu dieſem Syſtem? Es iſt zu dem Zweck faſt durchgehends eine künſtliche Scheidung nöthig, eine Anwendung jener Methode, die wir früher (§. 5) zu begründen verſucht haben, und deren Rechtfertigung alſo hier nicht mehr zur Frage ſteht. Aus dem, was ſicher und unzweifelhaft der alten oder der neuen Zeit angehört, ſuchen wir den verſchiedenen Bauſtyl beider Zeiten kennen zu lernen, um dann auch diejenigen Stücke, hinſichtlich deren eine ſolche äußere Gewißheit nicht beſteht, zu claſſificiren.

Es iſt ein ausgedehntes, complicirtes Gebäude, das wir im Recht der claſſiſchen Zeit vor uns haben; wir wiſſen, daß es zu verſchiedenen Zeiten aufgeführt wurde, und es kommt darauf an, den urſprünglichen Bau, die feſte Burg des strictum jus, unter dem modernen Ueberbau herauszufinden. Iſt auch mancher Theil deſſelben völlig verändert, niedergeriſſen, in Trümmer zerfallen:

1) Ueber dieſen Ausdruck und die Bedeutung deſſelben im Munde der ſpäteren römiſchen Juriſten ſ. die Stellen bei Dirksen Manuale unter strictus. Sie bezeichnen mit ihm das ältere beſchränkte, ſtarre, ſtrenge Recht im Gegenſatz zu dem neuern freieren, elaſtiſchen. Am Ende dieſes Syſtems werde ich auf Grundlage der inzwiſchen gewonnenen Merkmale den Begriff des jus strictum genauer feſtſtellen.

überall ragt doch noch das unverwüstliche Mauerwerk der alten Zeit hervor, und macht es uns möglich, den Baustyl und den Plan des ursprünglichen Baus zu erkennen.

Eine feste Burg haben wir das alte Recht genannt, und dieser Vergleich mag geeignet sein, den Eindruck wiederzugeben, den es in uns hervorruft. Eckig und steif, eng und niedrig ist es, wie die Burgen des Mittelalters, aber um so fester und dauerhafter ist das Mauerwerk; was an Bequemlichkeit fehlt, ersetzt die Sicherheit. Und wie in jenen Burgen umfängt uns hier der Geist einer Achtung gebietenden Vergangenheit, die Erinnerung eines kernigen Geschlechts, voll wilder, gewaltiger Kraft, und wenn irgendwo dürfen wir an dieser Stelle hoffen, dasselbe von den Todten heraufzubeschwören — hier reden die Steine.

Ueber dem vollständigen Ausbau des alten jus civile sind Jahrhunderte vergangen, und die letzte Hand ist daran gelegt erst zu einer Zeit, als bereits die ersten Ansätze des neuen Systems zum Vorschein kamen. Wenn ich gleichwohl von diesen gleichzeitigen Bildungsproducten die einen dem ältern, die andern dem neuern Recht vindicire, so habe ich mich darüber schon bei Gelegenheit der Bedeutung des sachlichen gegenüber dem chronologischen Moment (§. 5) zur Genüge ausgesprochen. Von dem prätorischen Recht und dem jus gentium wird daher in diesem zweiten Buch überall noch nicht die Rede sein, obschon es für unzweifelhaft gelten kann, daß die Entwicklung beider nicht erst begonnen hat, nachdem die des alten Civilrechts völlig beschlossen. Nur in negativer Richtung werde ich seiner Zeit genöthigt sein, die Institute des jus gentium zu berühren, um nämlich den Nachweis zu führen, daß sie zur Blüthezeit des alten jus civile der Klagbarkeit noch entbehrten.

Nach welchen innern Kriterien ich das, was ich dem ältern System vindicire, bestimme, letzteres selbst stofflich abgränze, darüber kann ich zur Zeit noch keine Antwort geben; ich müßte zu dem Zweck vieles anticipiren, was nur im Zusammenhange des ganzen Systems seine Rechtfertigung finden kann.

Was die chronologiſche Abgränzung des Syſtems anbetrifft, ſo habe ich bereits im §. 6 angegeben, daß ich die Bildung deſſelben in die zweite Hälfte der Königszeit verlege, die Blüthezeit deſſelben in das vierte bis ſechste Jahrhundert der Stadt, die erſten Anfänge aber einer neuen freieren Rechtsbildung in das ſiebente Jahrhundert. Der Zeit nach wird alſo unſere Darſtellung von jetzt an vorzugsweiſe in der Glanzperiode der römiſchen Republik verweilen, ohne daß wir aber, wie bereits bemerkt, auf eine ſtoffliche Ergänzung des Syſtems vermittelſt eines uns erſt durch die ſpätere Zeit gebotenen Materials Verzicht zu leiſten gedenken.

Wenn wir fortan unſere Aufmerkſamkeit vorzugsweiſe dem Privatrecht zuwenden, ſo iſt es nicht bloß die beſondere Beziehung deſſelben zur modernen Welt, die uns dazu veranlaßt, ſondern ebenſo ſehr das Uebergewicht der ſcharfen Ausprägung und Durchbildung, welche das Privatrecht und der mit ihm in engſter Verbindung ſtehende Prozeß vor den übrigen Theilen des Rechts voraus hat. Man iſt gewohnt, die Entſtehung der eigentlichen römiſchen Rechtswiſſenſchaft erſt in die folgende Periode zu ſetzen, ich hoffe aber nachweiſen zu können, daß dies einer der größten rechtshiſtoriſchen Irrthümer iſt, und ich nehme keinen Anſtand zu geſtehen, daß die ältere Jurisprudenz, je tiefer ich in ihren wunderbaren Bau eingedrungen bin, mir eine um ſo höhere Bewunderung abgenöthigt hat, eine Bewunderung, die hinter derjenigen, welche ich der neuern Jurisprudenz zolle, um nichts zurückbleibt. Letztere ſteht unſerm heutigen wiſſenſchaftlichen Bewußtſein und unſerm Studium näher, und daher rührt es, daß ihr die Anerkennung in ſo reichem Maße zuſtrömt, während das Verdienſt der frühern Zeit, die, wenn ich ſo ſagen darf, die Dogmatik des Rechts erſt aus dem Groben herausarbeiten mußte, weniger in die Augen ſpringt. Und doch war es gerade dieſe Arbeit, die in meinen Augen über den Werth des römiſchen Rechts eigentlich entſchied, und welcher die ſpätere Wiſſenſchaft den ſoliden, feſten Unterbau verdankte, auf dem ſie nur weiter fortbaute. Ich hebe

dies schon an dieser Stelle mit besonderem Nachdruck hervor, weil ich von vornherein der Meinung vorbeugen möchte, als verdanke das römische Recht seine Größe der spätern römischen Rechtswissenschaft, als beginne also auch die Glanzperiode der römischen Rechtsgeschichte erst mit dem dritten System. Sie beginnt schon jetzt, und erheischte es auch nicht das historische Interesse, dem ältern Recht die gebührende Beachtung zuzuwenden, der innere Werth desselben, sein eigener geistiger Gehalt würde sie ihm sichern; es bildet einen Gegenstand von einer wissenschaftlichen Anziehungskraft, wie sie mir innerhalb der ganzen Jurisprudenz kein zweiter gewährt.

Das vorliegende Buch zerfällt in drei Abschnitte:

I. Allgemeine Charakteristik des Rechtssystems.

Es sollen in diesem Abschnitt die allgemeinen Charakterzüge und leitenden Gedanken des ältern Rechts entwickelt werden, und zwar wenden wir uns zunächst (§. 23)

1) der Außenseite der Rechtswelt zu, machen uns also zuerst mit der äußern Erscheinung des Rechts vertraut (Oeffentlichkeit — Plastik). Das innere Wesen des Rechts erschließt sich uns aber erst, wenn wir (§. 24—36)

2) die Grundtriebe desselben ins Auge fassen, d. h. die höchsten, allgemeinsten Tendenzen, die dasselbe verfolgt, die sich also als die Ziele und Ideale der römischen Rechtsanschauung bezeichnen lassen. Es sind dies 1) der Selbständigkeitstrieb des Rechts, 2) der Gleichheitstrieb, 3) der Macht- und Freiheitstrieb.

Während sie uns das Wollen des römischen Geistes auf dem Gebiete des Rechts bezeichnen, stellt uns

3) die auf die praktisch angemessene Realisirung dieser Ziele gerichtete juristische Technik (§. 37—58) das intellectuelle Können desselben dar. Es ist der Höhenpunkt der rationellen Erfassung und Behandlung des Stoffes, den wir hier zu bestimmen haben, der Reichthum an Ideen

und Mitteln, über den jene Technik gebietet, ihre Methode der Zerſetzung und Scheidung des Stoffs — die juriſtiſche Analyſe — ihr Kleben an der Aeußerlichkeit (Materialismus, Wortinterpretation und Formalismus) und die Kunſt der juriſtiſchen Operation.

In concreterer Geſtalt und in einem zuſammenhängenden Bilde werden uns jene allgemeinen Ideen

II. in der Lehre von den Rechten im ſubjectiven Sinn (§. 59 u. fl.) wieder vor Augen treten. Sie zerfällt

1) in die Theorie des ſubjectiven Rechts, welche das Allgemeine dieſer Lehre, und

2) in die Geſchichte der einzelnen Rechte, welche die urſprüngliche Geſtalt derſelben, ſoweit ſie nicht bereits aus der früheren Darſtellung hervorgeht, zum Gegenſtand hat.

Dem zweiten Abſchnitt ſchließt ſich ſodann als dritter

III. ein weſentlich negativ kritiſcher an, welcher zum Zweck hat, den Nachweis zu liefern, daß die freieren Bildungen des jus gentium und prätoriſchen Rechts, die von Manchen in die ältere Zeit verlegt worden, derſelben fremd waren.

Den Uebergang des Rechts vom zweiten zum dritten Syſtem und die Darlegung der Gründe, welche ihn bewirkt haben, bleibt dem dritten Buch vorbehalten.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Charakteristik des Rechtssystems.

I. Aeußerer Eindruck der Rechtswelt.

Oeffentlichkeit des Rechtslebens — Plastik des Rechts.

XXIII. Wir suchen uns zunächst des äußern Eindrucks bewußt zu werden, den das ältere Recht auf uns macht — bei dem großen Contrast, den dasselbe zu dem der heutigen Zeit bildet, eine nicht eben schwierige Aufgabe. Für die heutige Zeit würde jener Gesichtspunkt kaum mehr als eine negative Ausbeute liefern, nämlich die, daß das Recht im Verkehrsleben äußerlich wenig sichtbar hervortritt. Man könnte sagen, daß das Recht heutzutage seine Einwirkungen auf dynamischem Wege ausübt, in seiner Jugend aber auf mechanischem, d. h. durch sichtbare Vorrichtungen und Operationen. Wie die Wärme oder Electricität die Körper, so durchdringt heutzutage das Recht die Wirklichkeit; es ist derselben völlig immanent, seine Bewegung und Wirksamkeit wird dem Auge nur selten bemerklich. Wie farblos ist in der Regel ein heutiges Rechtsgeschäft, wie wenig hat es einen festen, scharf abgegränzten, sinnlich faßbaren Körper. Bald verliert es sich in einem Gespräch, ohne daß irgend ein äußerer Akt den Abschluß desselben signalisirt und das Rechtsgeschäft von dem sonstigen Inhalt der Unterredung abhebt, bald wird es unter Abwesenden auf brieflichem Wege abgeschlossen, bald sogar muß seine Existenz erst durch Schlußfolgerungen festgestellt werden.

Dieſe Unſichtbarkeit der Bewegungen und Operationen des heutigen Rechts, dieſe ſeine unplaſtiſche Natur[2]) ſoll uns hier als Folie für das ältere römiſche Recht dienen, ohne daß wir im übrigen verkennen wollen, daß jene Eigenſchaft, ähnlich wie der abſtracte Charakter einer ausgebildeten Sprache eine höhere Bildungsſtufe bezeichnet, als der plaſtiſche Charakter des Rechts und die bildliche, concrete Ausdrucksweiſe der Sprache ſie involviren. Aber gerade der Reiz der Jugendfriſche, die ſich darin ausprägt, hat etwas ungemein Anziehendes, und man darf dieſe Eigenſchaft als einen Vorzug der Jugend anerkennen, ohne darum gegen das Alter, mit dem ſie ſich einmal nicht verträgt, ungerecht zu werden.

Der phyſiognomiſche Ausdruck des ältern römiſchen Rechts, den wir jetzt wieder zu geben verſuchen, iſt der Ausdruck der Jugend des Rechts und wiederholt ſich bei allen Rechten auf derſelben Altersſtufe. Er äußert ſich namentlich in der Oeffentlichkeit des ganzen Lebens und in der Plaſtik der Formen, in denen letzteres ſich bewegt.

Verſetzen wir uns in die alte römiſche Rechtswelt, ſo iſt das Erſte, was uns in die Augen fällt, das helle Sonnenlicht der Oeffentlichkeit, das über ſie ausgebreitet iſt. Es zieht uns zuerſt zum Forum hin, wo auf ſeinem Tribunal, unter freiem Himmel und unter den Augen des römiſchen Volks der Prätor Gerichtstag hält, er ſelber ſitzend auf ſeiner sella curulis, die Partheien

2) Sie erſtreckt ſich auch auf den Prozeß. Der Kriminalprozeß hat freilich durch die bekannten Reformen der Gegenwart ein anderes Aeußere bekommen, aber auch er führte noch vor kurzer Zeit, wie noch heutzutage der Civilprozeß, eine bloß papierne Exiſtenz. Auf dem Papiere begonnen, auf dem Papiere entſchieden boten beide kein dramatiſches Moment dar und traten ſichtbar nur in ihren Wirkungen hervor. Man hätte der Juſtiz ſtatt des Schwertes eine Feder zum Attribut geben mögen, denn einem Vogel ſind die Federn kaum nöthiger, als ſie es ihr waren, nur daß bei ihr im Gegenſatz zum Vogel die Schnelligkeit im umgekehrten Verhältniß zum Federn-Aufwand ſteht.

stehend.[2a]) Hier und nur hier arbeitet in älterer Zeit die Civiljustiz; daß der Prätor auch in seinem Hause und wo man ihn sonst traf, angegangen werden durfte und stehend (de plano) Verfügungen erließ, kam erst in der spätern Zeit auf.[3]) Hier versammeln sich die Partheien, begleitet von ihren Freunden und rechtskundigen Beiständen. In eigener Person müssen sie erscheinen und ihre Anträge stellen, Stellvertretung oder gar schriftliche Verhandlung widerstrebt dem Geiste des ältern Rechts. Und zwar beide müssen sie erscheinen, damit der Prozeß den Anfang nehmen könne; schafft der Kläger den Beklagten nicht zur Stelle, so kann der Prozeß nicht beginnen. Bei dem Eigenthumsprozeß müssen sogar die Sachen selbst mitgebracht werden; sind sie unbewegliche, so verfügt der Prätor sich selbst mit den Partheien an Ort und Stelle. Ebenso müssen Personen und Sachen, über die vor Gericht eine rechtliche Disposition getroffen werden soll (in jure cessio), zur Stelle geschafft werden. Den fernern Gang des Prozesses verfolgen wir nicht; was auch geschieht, erfolgt öffentlich, so z. B. die Vernehmung der Zeugen; auch der Eid darf nur unter freiem Himmel abgelegt werden,[3a]) die angerufenen Götter müssen den Schwörenden sehen und hören. Im Exekutionsverfahren zeigt sich schließlich die Oeffentlichkeit noch in der dreimaligen öffentlichen Ausstellung des Verurtheilten, berechnet darauf, die Thatsache seiner Verurtheilung zu Jedermanns Kunde zu bringen — eine Anfrage an das Volk, ob Niemand geneigt sei, ihn auszulösen. In einem noch höhern Grade beherrschte die Oeffentlichkeit das peinliche Verfahren. Wenn über dem Haupte eines Bürgers das blutige Schwert der Gerechtigkeit schwebt, so ist dies eine Nationalsache. Das ganze Volk wird entboten, um zu Gericht zu sitzen, die Anklage vorher veröffentlicht, damit Jeder, der etwas von der Sache weiß, sei es zur

---

2a) Th. Mommsen Röm. Staatsrecht. I. S. 315.

3) Puchta Institutionen Bd. 2 §. 158.

3a) Varro de L. L. V. 66.

Ueberführung des Angeklagten oder zu seiner Entlastung, sich melden kann. Schließt nicht die Art des Verbrechens und die Persönlichkeit des Angeklagten diese Begünstigung aus, so bleibt letzterer gegen Bürgschaftsstellung auf freiem Fuß und kann die Zeit benutzen, um das Volk für sich zu gewinnen. Der Tag der Entscheidung ist gekommen, das Volk, längst vorbereitet über die Sache, sitzt zu Gericht. Nie hat es eine imposantere richterliche Versammlung gegeben, nie eine Oeffentlichkeit, die für die Lüge so erdrückend, für die Wahrheit so erhebend wirken mußte, wie diese. Die Verhandlungen sind beendet, und es erfolgt die Abstimmung. Auch dieser Akt ist charakteristisch durch seine Oeffentlichkeit, d. h. er erfolgt mündlich; jeder hat den Muth, oder soll den Muth haben, sich zu seiner Meinung zu bekennen. In späterer Zeit änderte sich dies; um der Unselbständigkeit der Stimmenden zu Hülfe zu kommen, ward in der ersten Hälfte des siebenten Jahrhunderts sowohl bei den Volksgerichten als bei andern Volksversammlungen die heimliche d. h. schriftliche Abstimmung (per tabellas) eingeführt.

Die Oeffentlichkeit des Rechtsverkehrs[4]) ist uns aus frühern Ausführungen schon größtentheils bekannt; ich erinnere an die Vornahme der öffentlich garantirten Geschäfte (§. 15) vor der Volksversammlung und den fünf das Volk vertretenden Zeugen (mancipatio, nexum), an die Geschäfte vor dem Prätor und dem Censor (manumissio).[5]) Als besonders charakteristisch hebe ich die Oeffentlichkeit der Testamente hervor, die sich, als die Errichtung der Testamente in den Comitien abgekommen, in

4) Gneist (Die formellen Verträge des neuern römischen Obligationenrechts S. 483—485) hat mit Recht auf den Gegensatz aufmerksam gemacht, den in dieser Beziehung das griechische Recht bildet, „dessen üblichste Form (Deponirung verschlossener Urkunden) offenbar darauf berechnet war, das Geschäft nöthigenfalls den Augen Dritter zu verbergen."

5) Als einzelnes Beispiel möge noch genannt sein die bei der Bürgschaft vorgeschriebene Oeffentlichkeit; s. Gajus III §. 123: praedicat palam et declaret et de qua re satis accipiat et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit.

vermindertem Maße noch in dem mündlichen Mancipationsteſtament erhielt. [6]) Nirgends würde uns wohl die Oeffentlichkeit ſo am unrechten Orte und ſo hinderlich erſcheinen als bei den Teſtamenten, und in ſpäterer Zeit war man aus guten Gründen in Rom derſelben Anſicht. In der öffentlichen Errichtung der Teſtamente erblicke ich ebenſo wie in der öffentlichen Abſtimmung einen Beweis moraliſcher Selbſtändigkeit. Es liegt in der Natur letztwilliger Dispoſitionen, daß ſie häufig die Anſprüche und Erwartungen, zu denen Verwandte und Freunde des Teſtators ſich berechtigt halten, durchkreuzen, und wie ſie den Einen zur Dankbarkeit verpflichten, ſo einen Andern verletzen. Die Sitte, derartige Beſtimmungen öffentlich zu treffen, ſetzt alſo im allgemeinen einen gewiſſen moraliſchen Muth voraus, den Muth, dem Haß und der Verfolgung der in ihren Erwartungen getäuſchten Perſonen zu trotzen. Das heimliche Teſtament iſt das Palladium der Feigheit, in vielen Fällen ſogar der Deckmantel und dadurch das Mittel des Betrugs, [7]) eine Mine, Perſonen gelegt, die man

6) Die Einführung ſchriftlicher Teſtamente, mittelſt deren eine Verheimlichung des letzten Willens möglich ward, gehört meiner Anſicht nach der ſpätern Zeit an. Für dieſe Anſicht berufe ich mich hier nur auf die Herrſchaft der Oeffentlichkeit in dieſem Syſtem. Die tabulae des Teſtaments paſſen in die ältere Zeit ebenſo wenig, als die tabellae bei der Abſtimmung in den Comitien. Eine weitere Begründung würde hier zu weit führen. Auf die Schriftlichkeit der Rechtsgeſchäfte komme ich im dritten Syſtem.

7) Dieſer Geſichtspunkt wird im Titel 16 §. 1 der Novellen Theodos II (Hänel Novellae constitutiones imperatorum etc. p. 61) ausdrücklich anerkannt. Die Compilatoren Juſtinians haben dieſen Paſſus bei ihrem Auszuge in der l. 21 Cod. de test. (6. 23) weggelaſſen. Natura, heißt es dort, talis est hominum, ut quosdam diligant, alios timeant, quibusdam sint officiosae gratiae debitores, alios suspicentur, quorundam fidem intelligant eligendam, aliis nihil credendum existiment, nec tamen audeant de singulis quae sentiant confiteri. Ideo veteres testamenta scripta testibus offerebant oblatarumque eis tabularum perhiberi testimonium postulabant. Sed .... eo res processit, ut dum sua quisque nonnunquam judicia publicare formidat, dum testibus testamenti sua non audet secreta committere, ne suis facultatibus inhiantes offendat,

in offener Weiſe nicht zu verletzen wagt, und die erſt explodirt, wenn der Urheber ſelber in Sicherheit iſt und unter den Folgen nicht mehr zu leiden hat. In der Kaiſerzeit dienten ſie oft in dieſer Weiſe; ein in oſtenſibler Weiſe mündlich errichtetes Teſtament bedachte die Perſonen, deren Gunſt man ſich erwerben wollte, ein hinterher errichtetes ſchriftliches hob, ohne daß ſie etwas davon erfuhren, das frühere wieder auf, und erſt der Tod enthüllte den ihnen geſpielten Betrug. [8])

Ich kann nicht unterlaſſen noch auf zwei Einrichtungen aufmerkſam zu machen, die beide — nur in verſchiedenen Sphären — dieſelbe Beſtimmung hatten, nämlich die Cenſusrollen und die Hausbücher. Beide ſind hervorgegangen aus dem großen Ordnungsſinn der Römer und gehören inſofern hierher, als die Cenſusrollen den Stand des Privatvermögens zur Kenntniß des Staats bringen, die Hausbücher aber dem Eigenthümer ſelbſt und unter Umſtänden auch dritten Perſonen eine beſtändige Einſicht und Ueberſicht ſeiner Vermögensverhältniſſe gewähren ſollen. [8a]) Solche Einrichtungen gedeihen nur bei allgemeiner

---

intestatus mori, quam sua mentis arcana periculose patiatur exprimere. Theophilus (II 10 §. 1) nennt einen andern Grund, der unter Umſtänden eben ſo triftig ſein konnte: die Beſorgniß des Teſtators vor Lebensnachſtellungen von Seiten der um ihre Einſetzung wiſſenden eingeſetzten Perſonen. Die obige Erklärung iſt von Laſſalle, Syſtem der erworbenen Rechte II S. 150 verworfen und dafür der Geſichtspunkt „der organiſchen Function des Inſtituts im Volksgeiſt (!) ſubſtituirt".

8) Schon dem Auguſt wurde ein ähnlicher Streich geſpielt, wie Valerius Maximus lib. III c. 8 §. 6 mittheilt, woſelbſt noch mehrere derartige ächte Schelmenſtreiche berichtet werden. S. auch Petron. Sat. c. 71, et haec omnia publico ideo, ut familia mea jam nunc sic me amet ut mortuum. c. 141.

8a) Beide ſcheinen in einer gewiſſen Verbindung geſtanden zu haben, wenigſtens äußert ſich Livius VI. 27 und 31 in einer Weiſe, daß man annehmen muß, die Cenſusrollen hätten auch die ausſtehenden Capitalien enthalten: fugere senatum testes tabulas publicas census cujusque, quia nolint conspici summam aeris alieni (27) und aes alienum, cujus noscendi causa censores facti (31).

Gewiſſenhaftigkeit und Ehrlichkeit, ſie ſetzen Vertrauen und Zuverläſſigkeit voraus; wo dieſe Eigenſchaften in der Maſſe fehlen, wo man Urſache hat, das Tageslicht zu ſcheuen, erfüllen ſie nicht ihren Zweck. Für das Syſtem des Perſonalcredits [9]) haben ſie ohne Zweifel eine große Bedeutung gehabt, und man darf gewiß in dem allmähligen äußerlichen und innerlichen Abſterben beider Einrichtungen die vorzüglichſten Urſachen erblicken, denen das Realcredit-Syſtem ſeine in ſpäterer Zeit immer mehr Ueberhand nehmende Bedeutung und entſchiedene Präponderanz verdankt. Letzteres iſt ebenſo ſehr wie die Heimlichkeit der Abſtimmung und der Teſtamentserrichtung das Reſultat der Angſt und des Mißtrauens — ebenſo ſehr ein Zeichen der ſpätern Zeit, wie umgekehrt der Perſonalcredit mit ſeiner Publicität der Vermögensverhältniſſe und die Oeffentlichkeit der Abſtimmung und Teſtamentserrichtung ein Zeichen der frühern. Indem wir als allgemein bekannt vorausſetzen, in welchem Grade die Oeffentlichkeit das ganze politiſche Leben der Römer durchdrang, machen wir ſchließlich nur noch darauf aufmerkſam, wie dieſe Eigenſchaft ſich auch in den Verbrechen äußerte. Das ältere Rom kannte nicht die heimlichen Schurken und Verbrecher, gegen die das ſpätere ſich zu wehren hatte; die Erbſchleicher, Giftmiſcher, die Fälſcher, Betrüger, Denuncianten, Calumniatoren u. ſ. w. Die Verbrechen der alten Zeit waren Mord, Todtſchlag, Raub, Gewalt, Diebſtahl.

So hat ſich uns alſo die Oeffentlichkeit als ein Grundzug der alten Zeit bewährt. Es iſt wohl kaum nöthig, darauf hinzuweiſen, welches Streiflicht ſie auf den ſittlichen und ſocialen Zuſtand des Volks wirft, und welche Vortheile ſie mit ſich führte. Hervorgegangen iſt ſie, wie mir ſcheint, aus der urſprünglichen Innigkeit der Verbindung zwiſchen dem Individuum und der Gemeinde, ſie iſt, dürfte man ſagen, nur die äußere Erſcheinungs-

9) Mit ihr hängt vielleicht auch die für die Bürgſchaft im ältern Recht (Note 5) vorgeſchriebene öffentliche Verkündigung zuſammen.

form der primitiven Gemeinſchaftlichkeit des Lebens und der Intereſſen. Sie ſetzte ein gutes Gewiſſen und moraliſchen Muth voraus und führte eine große Sicherheit des Verkehrs wie der Rechtspflege in ihrem Gefolge mit ſich.

Eine zweite Eigenſchaft, die uns bei der äußeren Betrachtung des ältern Rechts ſofort in die Augen ſpringt, iſt die Plaſtik deſſelben. Die Plaſtik des Rechts äußert ſich in den für den Rechtsverkehr vorgeſchriebenen feſten *Formen*, und ihr *praktiſcher Nutzen* beſteht darin, die innerliche Verſchiedenheit äußerlich darzuſtellen, das Innere gewiſſermaßen an die Oberfläche zu rücken. Nur hiernach, nicht nach der Quantität und dem phyſiognomiſchen Ausdruck und Zuſchnitt der verſchiedenen Formen beurtheilt ſich ihr Werth vom praktiſchen Standpunkt aus (§. 45). Es kann alſo ein Recht einen unendlichen Reichthum an Formen, ſymboliſchen Handlungen u. ſ. w. haben, und doch dieſen praktiſchen Anforderungen der Plaſtik nicht entſprechen, wenn nämlich der äußerlichen Formen und Darſtellungsmittel *mehr* ſind, als der inneren Unterſchiede, der Zeichen mehr, als der Begriffe. Das innerlich Bedeutungsloſe erhält hier eine äußere Anerkennung, die, wenn ſie auch fürs Leben nicht gerade nachtheilig wirkt, doch die geiſtige Erfaſſung des Rechts erſchwert. Das germaniſche Recht gewährt uns ein Beiſpiel für dieſe überwuchernde Kraft des plaſtiſchen Triebes; in ihm hat die Phantaſie, die ſinnige Natur des germaniſchen Charakters ſich geltend gemacht auf Koſten des juriſtiſchen Verſtandes.

Der praktiſche Werth jener Plaſtik beſtimmt ſich ferner nicht nach dem Zuſchnitt der Formen. Die Formen ſollen weiter nichts als den Begriff ſignaliſiren; ob ſie dies aber, wie im germaniſchen Recht, in poetiſcher, gemüthvoller Weiſe thun, oder, wie im römiſchen, in proſaiſcher, höchſt nüchterner Weiſe, ob ſie nebenbei zum ſymboliſchen Ausdruck tiefſinniger Gedanken, inniger Gefühle u. ſ. w. benutzt werden, oder ſich einfach auf den Dienſt beſchränken, den ſie leiſten ſollen, äußerliche Kriterien innerer Verſchiedenheiten zu ſein — dieſer Unterſchied iſt für die

Charakteristik des Volksgeistes bezeichnend, für den juristischen Werth jener Plastik aber völlig gleichgültig.

Wenn wir hiernach nun die Plastik des ältern römischen Rechts beurtheilen, so beschränkt sich dieselbe einfach auf den angegebenen praktischen Gesichtspunkt. Die Formen, die sie zu diesem Zwecke verwendet, sind der Zahl nach gering [10]) und ihrem physiognomischen Ausdruck nach nüchtern und prosaisch. Sie enthalten wenig mehr, als was der juristische Zweck selbst mit sich bringt (z. B. das persönliche Erscheinen der Partheien, die Zuziehung und Aufrufung der Zeugen, das Aussprechen der Formel), oder was zum äußern Ausdruck des innern Vorganges erforderlich schien (z. B. das Berühren der Sache mit der Hand zum Zeichen des beabsichtigten Eigenthumserwerbes, das zum Schein vorgenommene Zuwägen des Erzes als äußere Motivirung einer eingegangenen oder aufgehobenen Obligation, der Scheinkampf bei der Vindikation, der Gebrauch des Speeres). [11]) Die beiden Hauptgeschäftsformen, die mancipatio und in jure cessio, lassen sich sogar rationell analysiren, sie enthalten keinen Zusatz von Symbolik, sondern was dem ähnelt, wie z. B. die Wagschaale und das Einwerfen des Erzes, ist nichts als ein vor der Einführung des gemünzten Geldes nothwendiger, später durch die Macht der Gewohnheit beibehaltener materieller Bestandtheil des Geschäfts selbst.

Der römische Verkehr bewegte sich zum größten Theil in die-

10) Wohl zu beachten diejenigen Formen, die rechtlich nöthig waren. Das römische Leben kannte daneben noch eine Menge Formen, denen jene Bedeutung nicht zukam; s. darüber die später (III §. 45) folgende Schilderung des römischen Formenwesens.

11) Es verdiente dieser Gegenstand wohl eine neue Bearbeitung. Es existirt darüber eine Schrift von Everard Otto de jurisprudentia symbolica exercitationum trias Traj. ad Rhen. 1730, die den Vorläufer eines meines Wissens nicht erschienenen größeren Werkes bilden sollte. Für das deutsche Recht hat Reyscher in seinen Beiträgen zur Kunde des deutschen Rechts Heft 1 (über die Symbolik des deutschen Rechts) Tübingen 1833 eine dankenswerthe, aber der Vermehrung fähige Zusammenstellung geliefert.

ſen beiden Formen, und dieſe bei Eigenthumsübertragungen an beweglichen wie unbeweglichen Sachen, beim Verkauf von Sclaven wie von Hauskindern, bei der Adoption, der Ehe, der Emancipation, Manumiſſion, der Errichtung des Teſtaments, der Eingehung und Löſung der Nexus-Schuld u. ſ. w. immer wiederkehrende Solennität der mancipatio und in jure cessio gibt dem Verkehr in ſeinem Aeußern etwas Monotones. Zur Charakteriſtik der römiſchen Nationalität im Gegenſatz der deutſchen kann man dies hervorheben und immerhin erſterer den Vorwurf der Nüchternheit machen und letzterer den Vorzug der „Poeſie im Recht" laſſen. Aber es iſt ſchon oben bemerkt, daß dies den praktiſchen Werth der Plaſtik des Rechts gar nicht berührt, und man darf gerade in der Einfachheit, Nüchternheit und Dürftigkeit der römiſchen Plaſtik eine Bethätigung der rein juriſtiſchen Anſchauungsweiſe der Römer erblicken. Von welchem Nutzen die Sparſamkeit im Recht iſt, [12]) liegt auf der Hand; der Verkehr beherrſcht leichter zwei Formen als zwanzig, und die Jurisprudenz kann die Theorie derſelben um ſo ſchärfer und genauer ausbilden, je weniger ihrer ſind.

Wenn nun aber verſchiedene Geſchäfte mittelſt derſelben Form abgeſchloſſen wurden, worin lag denn das Unterſcheidende derſelben? In der Verſchiedenheit des Inhalts und der derſelben entſprechenden Formel. Die Gefahr der Verwechslung war für jeden, der das Geſchäft mit angeſehen und angehört hatte, undenkbar. Daß ein Rechtsgeſchäft vor ſich gehe, verkündete die Form; welches, der Gegenſtand und Inhalt, und damit war den Anforderungen des Verkehrs vollkommen genügt. Unſerm heutigen Recht läßt ſich ein Gleiches nicht nachrühmen. Unſere Formloſigkeit, vor der nur einige Geſchäfte wie das Teſtament und der Wechſel ſich bewahrt haben, macht es oft ſehr ſchwer, wenn nicht unmöglich zu beſtimmen, ob ein Rechtsgeſchäft, und welches von den Partheien intendirt iſt. Auch bei den Römern kamen in

12) In III §. 38 und IV §. 56 werde ich darauf zurückkommen.

älterer Zeit Geſchäfte vor, die nicht in eine rechtliche Form eingekleidet zu werden pflegten; wir werden ſie an einer andern Stelle betrachten und zu zeigen verſuchen, daß es keine Rechtsgeſchäfte im Sinne des ältern Rechts waren und der Beihülfe deſſelben weder theilhaftig waren, noch auch derſelben bedurften. Ein wahrhaftes Rechtsgeſchäft iſt für die ältere Zeit nur das, welches in Form Rechtens auftritt, äußerlich ſich als ſolches kund gibt. Formloſigkeit widerſtrebt der innerſten Natur der alten Römer — dies lehrt uns das ganze römiſche Alterthum. Wer letzteres einer Betrachtung in dieſer Rückſicht unterwerfen will, wird finden, daß daſſelbe von der Tendenz beſeelt iſt, die innern Unterſchiede durch äußere Zeichen ſichtbar zu machen, und wo war dieſe Tendenz mehr am Platz als gerade im Recht? So wie der Senator, Ritter, der Freie, Mündige, Unmündige, der Angeklagte u. ſ. w. an ſeinem Kleide, Ringe u. ſ. w. kenntlich iſt, ſo ſoll auch das Rechtsgeſchäft durch ſeine juriſtiſche Uniform, wenn ich ſo ſagen darf, ſeine toga civilis äußerlich erkennbar ſein. Fehlt dieſelbe, ſo liegt darin ausgeſprochen, daß die Partheien ein Rechtsgeſchäft gar nicht intendirt haben, denn ſonſt würden ſie daſſelbe in die erforderliche Form eingekleidet haben.

Es iſt oben die Unſichtbarkeit der Bewegung des heutigen Rechtsverkehrs als die Folge der unplaſtiſchen Natur deſſelben bezeichnet. Für das römiſche Recht können wir alſo umgekehrt der eben erörterten Plaſtik deſſelben auch den Ausdruck der Sichtbarkeit und Erkennbarkeit des Rechtsverkehrs geben. Es tritt keine rechtliche Wirkung ein, die nicht eine äußere, mechaniſche Urſache hätte. Das Mindeſte, was verlangt wird, iſt das Erſcheinen und die perſönliche Thätigkeit der Partheien, wenn auch letztere, wie z. B. bei der Stipulation ſich ohne weitere äußerliche Handlung auf ein bloßes Ausſprechen von Worten beſchränkt.

Wir wenden uns jetzt dem inneren Organismus des ältern Rechts zu, und zwar verſuchen wir zuerſt (§. 24—36) uns der

bewegenden Ideen: der Grundtriebe des Rechts zu bemächtigen. Dieſelben laſſen ſich ſubjectiv aus der Seele des römiſchen Volks heraus auch als die Ideale des römiſchen Rechtsgefühls bezeichnen; was der ſubjectiven Anſchauung des Volks als zu erreichendes Ziel, als Ideal vorſchwebt, wird objectiv im Recht die Geſtalt eines Motivs oder Triebes der Rechtsbildung annehmen. Die Frage, was dem römiſchen Rechtsgefühl als letztes Ziel des ganzen Rechts erſcheint, welche höchſten Anforderungen letzteres nach römiſcher Auffaſſung verwirklichen ſoll, bildet die Aufgabe der folgenden Darſtellung. Ich nehme drei höchſte Ziele des Rechts, drei Grundtriebe deſſelben an, die ich in Ermangelung beſſerer Ausdrücke als Selbſtändigkeitstrieb des Rechts, Gleichheitstrieb und Macht- und Freiheitstrieb bezeichne.

II. Die Grundtriebe der ältern Rechtsbildung.

I. Der Selbſtändigkeitstrieb des Rechts.

Vorbemerkung.

Die Selbſtändigkeit des Rechts in formaler und materieller Beziehung.

XXIV. Wir ſchreiben einer Perſon Selbſtändigkeit zu, wenn ſie die Kraft beſitzt, ſich aus ſich ſelbſt zu beſtimmen und fremde Einflüſſe, ſoweit dieſelben nicht ihren eigenen Ueberzeugungen und Zwecken entſprechen, zurückzuweiſen. Selbſtändigkeit iſt daher noch nicht Vollkommenheit; ſie verträgt ſich mit dem Böſen ſo gut wie mit dem Guten, aber ſie iſt die Bedingung der Vollkommenheit, denn die Vollkommenheit oder ſagen wir: das Gute erhält ſeinen ethiſchen Werth erſt dadurch, daß es die eigene That des Subjects iſt.

Uebertragen wir den Begriff der Selbſtändigkeit auf das Recht, ſo ſagen wir damit von demſelben aus, daß es ſich nach

den Rücksichten und Zwecken bestimme, die ihm eigenthümlich sind, allen ihm fremdartigen Einflüssen aber sich verschließe. Nehmen wir nun an, daß der dem Wesen des Rechts entsprechende Inhalt objectiv ebenso bestimmt gegeben und zweifellos wäre, wie die Wahrheiten der Mathematik, so daß die Völker ihn nur wie eine reife Frucht vom Baum der Erkenntniß zu pflücken brauchten, so würde das Recht seine Selbständigkeit daran bewähren, daß es, unbeirrt durch alle entgegenströmenden und hemmenden Einflüsse, diesen Inhalt völlig rein und unverfälscht und in allen Fällen gleichmäßig zur Verwirklichung brächte. Das entsprechende Mittel dafür ist die Herstellung eines Apparates, der ausschließlich diesem Zweck der Verwirklichung des Rechts bestimmt ist, und der schon durch seine Scheidung und seinen Gegensatz zu den sonstigen Einrichtungen, durch welche die Staatsgewalt ihre Wirksamkeit äußert, die Grenze zwischen dieser und allen sonstigen Aufgaben des Gemeinwesens signalisirt und damit jeden Uebergriff der Staatsgewalt in das Gebiet des Rechts wenn auch nicht factisch unmöglich macht, so doch als einen Widerspruch derselben mit sich selbst, als einen Gewaltact kundgibt und ihn eben damit moralisch und politisch mindestens erschwert. Solange diese Ausscheidung der speciell der Verwirklichung des Rechts gewidmeten Gewalt von der Gesammtgewalt des Staats noch nicht vollzogen ist, so lange letztere noch als einige, ungegliederte Staatsgewalt alle Aufgaben des Gemeinwesens unterschiedslos versieht, fehlt es mithin dem Rechte an der ersten Bedingung zur Selbständigkeit.

Der erste Schritt zur Selbständigkeit des Rechts ist daher die Scheidung der Rechtspflege von den sonstigen Zweigen der Verwaltung mittelst Einsetzung von Behörden, denen der Staat den Beruf zugewiesen und die Pflicht auferlegt hat, lediglich nach dem Recht zu sprechen d. h. von Gerichten. Die Figur des Richters ist der persönliche Ausdruck der vom Staat im Princip anerkannten Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Rechts. In Rom soll dieser erste Schritt durch Servius Tullius geschehen

ſein, bis dahin ſei die ganze ſtaatliche Gewalt ungetheilt vom König ausgeübt worden,[13]) er erſt habe für die Civilrechtspflege Richter eingeführt[13a]) und ihnen die Normen, nach denen ſie Recht ſprechen ſollten, vorgezeichnet. Mag die Nachricht wahr oder falſch geweſen ſein, in beiden Fällen iſt ſie gleich beachtenswerth. In dem einen Fall zeigt ſich, wie jene Könige ſelber, in dem andern, wie die Volksanſchauung, welche der Erzählung zu Grunde liegt, die Bedeutung der Gerichtsorganiſation für das Beſtehen verfaſſungsmäßiger Zuſtände, deren Schöpfer und Ordner in Rom ja eben jener König geweſen iſt, richtig begriffen hat.

Aber mit der bloßen Ausſcheidung der Rechtspflege von den übrigen Zweigen der Staatsthätigkeit allein iſt es noch nicht gethan, ſie iſt der erſte unerläßliche Schritt, an den ſich aber andere reihen müſſen, wenn er ſelber ſeinen Zweck erreichen ſoll. Wenn im Richter ſich die Gefahr wiederholt, der wir bei der einigen, noch völlig ungetheilten Staatsgewalt ausgeſetzt waren, und der wir eben durch ihn ausweichen wollen: die des Mißbrauchs der Gewalt für Zwecke und Rückſichten, die dem Recht fremd ſind — was iſt dann viel gewonnen? Wir haben dann nur das Werkzeug der Willkühr vertauſcht. Aber wie läßt ſich, ſolange Menſchen das Recht ſprechen, und nicht das Recht ſelber ſich auf den Richterſtuhl ſetzt, dieſe Gefahr vermeiden? Wodurch können wir den Richter verhindern ſich bei ſeinem Urtheil durch andere Rückſichten leiten zu laſſen als die des Rechts? Völlig verhindern läßt es ſich allerdings nicht, ebenſowenig wie der Eingriff der Staatsgewalt in die Rechtspflege, aber es läßt ſich wenigſtens erheblich erſchweren, die Willkühr kann auch hier wiederum mit Einrichtungen umſtellt und eingeengt werden, die ihr den Weg verlegen und ſie nöthigen, wenn ſie ſich dennoch hervorwagen

13) Cic. de republ. 5, 2; l. 2 §. 1 de O. J. (1. 2).

13a) Nach der Vermuthung von Bethmann-Hollweg Der röm. Civilproceß. I S. 56 ff. die centumviri und decemviri silitibus judicandis.

will, dieſelben zu durchbrechen, d. h. ſich als das kund zu geben, was ſie iſt. Dieſe Einrichtungen beſtehen in zweierlei: in der geſetzlichen Fixirung des prozeſſualiſchen Verfahrens und der des materiellen Rechts. Jene zwingt den Richter, Licht und Schatten im Kampf zwiſchen beiden Partheien in gleicher Weiſe zu vertheilen, die Aufzeichnung des materiellen Rechts aber entrückt daſſelbe der Sphäre und dem Einfluß des ſubjectiven Meinens und Fühlens, der ſubjectiven Innerlichkeit des bloßen Rechtsgefühls, welche der bequemſte Schlupfwinkel der Partheilichkeit iſt, und eröffnet, indem es demſelben objectives Daſein und äußere Erkennbarkeit gewährt, damit zugleich die Möglichkeit einer Controlle des Richters.

Richter, Organiſation des Prozeſſes und geſetzliche Fixirung der von ihm anzuwendenden Rechtsgrundſätze ſind demnach die Einrichtungen, welche, indem ſie dem Recht ein äußerlich abgegränztes Gebiet und eine feſte, faßbare Geſtalt, einen Mechanismus gewähren, ihm damit die äußeren Bedingungen verleihen, um den Inhalt, den es in ſich aufnehmen ſoll, möglichſt getreu, gleichmäßig und ſicher zu verwirklichen. Auf ihnen und auf der Art, wie ſie beſchaffen ſind, beruht das eine Hauptſtück der Gerechtigkeit: die Gerechtigkeit in der Anwendung des Rechts. Dieſe Seite der Selbſtändigkeit des Rechts, welche lediglich die Verwirklichungsfrage deſſelben zum Gegenſtand hat, den Inhalt dagegen völlig dahin geſtellt ſein läßt, bezeichne ich als die formale Selbſtändigkeit des Rechts. Sie findet ihr Maß und Ziel lediglich darin, daß dasjenige, was einmal Recht iſt, als ſolches unabwendlich zur Anwendung gelange; und das Mittel, wodurch ſie es erreicht, iſt die Form d. h. die Fixirung, Ausprägung der flüſſigen Rechtsſubſtanz zu feſter, eben damit aber auch beſchränkter Geſtalt. In der Form liegt die Stärke — freilich aber auch die Schwäche des Rechts.[13b]) Der Verlauf unſerer Darſtellung wird uns Gelegenheit geben uns von beiden Behaup-

13b) Trendelenburg Naturrecht. 2. Aufl. S. 88.

tungen ihrem ganzen Umfange nach zu überzeugen, von der erſten an dem gegenwärtigen, von der zweiten an dem dritten Syſtem.

Der formalen oder praktiſchen Selbſtändigkeit des Rechts, welche mit der Tauglichkeit des für ſeine praktiſche Verwirklichung berechneten Mechanismus zuſammenfällt, ſtellen wir gegenüber die innere oder materielle. Dieſelbe beruht auf dem Gedanken, daß das Recht nicht eine bloße Form iſt, die jeden beliebigen Inhalt in ſich aufzunehmen hat, ſondern daß nur gewiſſe Zwecke ein Anrecht darauf haben in dieſer Form verwirklicht zu werden, kurz ſie poſtulirt für das Recht nur denjenigen Inhalt, der durch die Idee deſſelben gegeben iſt. Wir müßten demzufolge hier Rede und Antwort darüber ſtehen, welchen Inhalt die Idee des Rechts poſtulirt. Die Idee des Rechts! Mit dieſem einen Wort tritt uns das höchſte und ſchwierigſte Problem der ganzen Rechtswiſſenſchaft in den Weg, denn in dem einen Wort ſteckt die ganze Abrechnung der Wiſſenſchaft mit dem Recht, ſeiner Aufgabe auf Erden, ſeiner Stellung innerhalb der ſittlichen Welt, zum Menſchen und zur Menſchheit, ſteckt zugleich die Kritik ſeiner ganzen bisherigen Geſchichte.

Wären wir genöthigt, dieſes Problem zu behandeln, es wäre nicht abzuſehen, wann wir wiederum auf hiſtoriſchen Grund und Boden zurückkehren könnten. Allein es bedarf einer ſo umſtändlichen Vorbereitung nicht, um für die Erſcheinungen, die wir dort antreffen werden, das richtige Verſtändniß mitzubringen, vielmehr dürften dazu ſchon folgende Bemerkungen ausreichen.

Von allen übrigen Mächten und Ideen, welche das menſchliche Handeln beſtimmen: der des Guten, Schönen, Zweckmäßigen, der Religion, unterſcheidet ſich das Recht dadurch, daß es ſich zu ſeiner Verwirklichung des Zwanges bedient, alſo die Freiheit des eigenen Entſchluſſes aufhebt. Je weiter nun das Recht ſein Gebiet ausdehnt, um ſo kleiner wird folgeweiſe das Freiheitsgebiet, welches dem Menſchen übrig bleibt, und wenn wir uns denken, daß es den ganzen Inhalt jener andern Ideen in ſich aufnähme, daß die Gebote der Moral, die Sitte des Lebens, die Dogmen

und Anforderungen der Religion, der nationale Canon des Schönen, Wahren, Zweckmäßigen zu Rechtssätzen gestempelt würden, so wäre das Individuum damit zu einem Automaten gemacht, der, durch das Gesetz aufgezogen, lediglich diejenigen Bewegungen ausführen würde, die das Gesetz ihm vorgezeichnet hätte. Jeder fühlt, daß eine solche Benutzung des Rechts der Idee desselben, d. h. seiner Aufgabe und Bestimmung für die Menschheit widersprechen würde, denn letztere kann unmöglich darin bestehen, aus dem Menschen eine Maschine zu machen und ihm gerade dasjenige, was ihn über die unbelebte Schöpfung und die Thierwelt erhebt: die Fähigkeit der Selbstbestimmung rechtlich zu entziehen. Anerkennung des Rechts der Selbstbestimmung ist also die oberste Anforderung, die wir an das Recht richten, und der Umfang und die Art, in der ein einzelnes positives Recht dieser Anforderung nachkommt, ist für uns der Maßstab, nach dem wir seine innere Selbständigkeit bemessen, d. h. die Frage beantworten, in welchem Maße es das wahre Wesen des Rechts begriffen und zur Darstellung gebracht hat. Allerdings ist jene Aufgabe nicht die einzige, die an das Recht ergeht, denn der Zweck des menschlichen Daseins besteht nicht bloß in der Sicherung der ephemeren Existenz und der Selbstbestimmung der Individuen, das menschliche Dasein erhebt sich vielmehr über die Sphäre des bloß individuellen Lebens hinaus zu höheren Ordnungen dauerhafterer Art, die für die Aufgaben, die an sie ergehen, ebenfalls des Rechts der Selbstbestimmung bedürfen. Dem Individuum gegenüber äußert sich ihr Dasein in doppelter Weise; einmal darin, daß sie dasselbe auf eine höhere Stufe der sittlichen Existenz und Wirksamkeit erheben, sodann darin, daß sie dasselbe den Zwecken und Postulaten des Gesammtlebens unterordnen und dasselbe damit in seiner Selbstbestimmung, seiner Willensfreiheit beschränken. Nach beiden Seiten hin, nach der des natürlichen Individuums und der dieser künstlichen Individuen und Willenssubjecte dem Willen die richtigen Bahnen anzuweisen, ihn innerhalb derselben zu sichern und seine Macht zu steigern, ist die höchste Aufgabe des Rechts,

und die Rechtswiſſenſchaft läßt ſich daher als die Lehre vom Gleichgewicht der menſchlichen Selbſtbeſtimmung bezeichnen. Die geſchichtliche Erfahrung zeigt, daß dies Gleichgewicht, wenn auch durch die Macht des Geſetzes hergeſtellt und aufrecht erhalten, nicht immer ein wirkliches Gleichmaß der beiden Seiten in ſich ſchließt, daß vielmehr bald die eine, bald die andere ſtärker entwickelt iſt. Bald prävalirt das Selbſtbeſtimmungsrecht des Einzelnen auf Koſten von dem der Geſammtheit: der Kraft der Staatsgewalt, bald letztere auf Koſten von dem des Einzelnen: der individuellen Freiheit. Nach der letzteren Seite hin liegt nun das Extrem, welches ich als die Unſelbſtändigkeit des Rechts bezeichne, während das entgegengeſetzte Extrem, welche Gefahren und Uebel es auch im übrigen mit ſich führen möge, dennoch dem oberſten Gedanken des Rechts treu bleibt, daß der Menſch auf Erden nicht dazu da iſt, ein willenloſes Weſen, eine Maſchine in der Hand des Geſetzes zu ſein, ſondern daß er als Selbſtherrſcher von Gottes Gnaden einen Kreis beanſpruchen kann, in dem ſein Wille und ſeine Einſicht den Ausſchlag zu geben haben. Als Maßſtab für die Selbſtändigkeit oder Unſelbſtändigkeit eines einzelnen poſitiven Rechts dient mir daher das Maß der von ihm gewährten individuellen Freiheit, und es ergibt ſich daraus, daß erſt der unten folgende Abſchnitt über den Freiheitstrieb (§. 30—36) die Frage, die wir in dem gegenwärtigen aufgeworfen haben, vollſtändig zum Abſchluß zu bringen vermag. Was für den gegenwärtigen übrig bleibt, iſt, abgeſehen von denjenigen Ausführungen, die ſich auf die oben entwickelte formale Selbſtändigkeit des Rechts beziehen, der Nachweis, wie das altrömiſche Recht diejenigen Ideen, welche erfahrungsmäßig anderwärts die Selbſtändigkeit des Rechts vielfach beeinträchtigt d. h. letzteres ihren Zwecken dienſtbar gemacht haben, rein auf ihre eigene Kraft angewieſen, ihnen aber die Form des Zwanges verſagt hat. Man muß ſich den Gegenſatz vergegenwärtigen, den dazu die Rechte ſo mancher anderer Völker bilden, um das Bedeutungsvolle der altrömiſchen Geſtalt der Sache richtig zu würdigen.

Ueberwältigt von der Erhabenheit der Idee des göttlichen Wesens, schlägt der Orient die Dogmen, Satzungen, Pflichten der Religion in die Fesseln des Rechts, und selbst der Fortschritt, den das alte Rom in dieser Beziehung bewerkstelligt, indem es Göttliches und Menschliches richtig von einander trennt, geht der Menschheit im zweiten Jahrtausend des Bestehens der ewigen Stadt wiederum verloren, das Recht muß ganz wie im Orient seinen Arm dazu leihen, um Ketzer und Andersgläubige zu verfolgen und zu strafen, bis mit dem Beginn des dritten Jahrtausends der Protestantismus dem Christenthum denselben Gedanken zurückerobert, den das heidnische Rom bereits besessen hatte: Freiheit des Glaubensbekenntnisses und des religiösen Lebens. Scharf ausgeprägt ist im alten Rom der Gegensatz zwischen Recht und Moral, nicht etwa weil die Römer die Gebote der letzteren geringer geachtet hätten als andere Völker, sondern weil sie klarer als manche andern empfanden, daß der freie Mann das Gute rein des Guten wegen, nicht gezwungen zu thun wünscht. Aber einem Volke wie dem chinesischen, das auf der Stufe der Unmündigkeit erstarrt ist, und das es mit aller seiner Cultur nie über die Lebensanschauung eines altklugen Kindes hinausgebracht hat, ist hinwiederum der Gedanke der persönlichen Freiheit und mit ihm der Unterschied zwischen dem eigenthümlichen Wesen und Inhalt des Rechts und der Moral nie aufgegangen; die Gesetze Chinas und der Bambus begleiten den Einwohner des himmlischen Reichs bei allem, was er thut und treibt, im Hause und draußen. Selbst die Fabrikation, die Dichtkunst und die Wissenschaft erfreut sich der gesetzlichen Regelung und Fürsorge von oben. [13c]) Und selbst auf europäischem Boden, wenn wir nach Gegensätzen zu der altrömischen Weise der scharfen Trennung des rein Rechtlichen von dem bloß Moralischen oder Zweckmäßigen suchen wollten, wie reiche Auslese würde uns hier beschieden sein! [13d]) Wie dunkel

13c) S. die vorzügliche Schilderung des chinesischen Wesens in Hegel's Philosophie der Geschichte.

13d) Das türkische Recht habe ich dabei nicht einmal im Auge, denn es

hebt sich z. B. gegenüber dem lichtvollen Untergrunde des altrömischen Rechts das Bild ab, das der moderne Polizeistaat in einer noch nicht lange hinter uns liegenden Epoche uns darbietet. Wie ist hier von aufgeklärtem Despotismus das Recht gemißbraucht, das Selbstbestimmungsrecht des Bürgers mißachtet worden, um Zwecke zu fördern, deren wirkliche oder vermeintliche Nützlichkeit alle anderen Maßregeln nur nicht die einer Knechtung der privatrechtlichen Freiheit hätte bewirken sollen. Daß die Gesetzgebung das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen möglichst zu wahren und zu achten hat, daß jeder das Recht haben muß, auch etwas Unzweckmäßiges zu thun, und nicht als Frohnknecht für alle Zwecke, welche die Staatsgewalt für verfolgenswerth erachtet, einfach durch das Gesetz herangezogen werden kann — das ist eine Vorstellung, für welche die Gesetzgebung jener Zeit auch nicht das geringste Verständniß hatte. Im alten Rom dagegen besaß der geringste Bürger das vollste Verständniß dafür, und darum hat auch das alte Recht diese Auffassung verwirklicht.

Wir wenden uns nunmehr der Betrachtung des ältern Rechts zu, indem wir dabei die Frage aufwerfen, in welchem Maße dasselbe den im bisherigen entwickelten Anforderungen entsprochen hat. Wir legen dabei jedoch unserer Darstellung den obigen Gegensatz zwischen der formalen und materiellen Selbständigkeit des Rechts nicht zu Grunde, halten es vielmehr für zweckmäßiger, den Stoff nach folgenden vier Gesichtspunkten zu gruppiren.

1) Erhebung des Rechts zu der ihm eigenthümlichen Form (§. 25).
2) Innerliches Zu-Sich-Kommen des Rechts (§. 26).

---

gehört weniger zu den europäischen als den orientalischen Rechten. Beispiele aus demselben s. bei Nik. von Tornauw Moslemitisches Recht. Leipzig 1855. S. 56, 83, 92, 93, darunter selbst gesetzliche Vorschriften über das Begießen der Bäume und das Füttern der Thiere.

3) Selbsterhaltungs- und Erweiterungstrieb des geschriebenen Rechts (§. 27).
4) Sicherheit und Unabhängigkeit der Verwirklichung des geschriebenen Rechts (§. 28).

---

1. Erhebung des Rechts zu der ihm eigenthümlichen Form.

Die Sitte und das Gesetz, geschriebenes und ungeschriebenes Recht — Bedeutung dieses Gegensatzes für die Selbständigkeit des Rechts — Verhalten des ältern Rechts zu diesem Gegensatz (Privatrecht — öffentliches Recht — die Volksgerichte —).

Leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur.
Cic. de off. II 12.

XXV. Wir beginnen mit dem ersten und einfachsten Schritt, den das Recht auf der Bahn der Selbständigkeit machen kann, und der doch in seinen Folgen unendlich wichtiger ist, als man gewöhnlich annimmt: dem Fortschritt desselben von dem System des ungeschriebenen zu dem des geschriebenen Rechts, von der Sitte und dem Gewohnheitsrecht zum Gesetz.

Die Frage von der Entstehung des Rechts bildet einen Hauptdivergenzpunkt zwischen der Lehre des vorigen und der des jetzigen Jahrhunderts. Jener zufolge entstand das Recht auf regulärem Wege durch die Gesetzgebung und nur ausnahmsweise auf gewohnheitsrechtlichem Wege. Der Gesetzgeber versorgt den Staat mit Gesetzen, das Recht ist also im wesentlichen nur die Summe der erlassenen Gesetze, das Product legislativer Willkühr oder Weisheit — dem Volk ist es etwas von vornherein Fremdes, äußerlich Angepaßtes oder Aufgedrungenes, das es lernen und sich aneignen muß. So die alte Lehre. Nach der neuern Ansicht ist das Recht ursprünglich ein Product der unmittelbaren Thätigkeit des Volksgeistes. Das nationale Rechtsgefühl

verwirklichte sich unmittelbar durch die That und stellte sich dar in der Sitte (Gewohnheitsrecht). Im Laufe der Zeit tritt als zweite Rechtsquelle die Gesetzgebung hinzu, nicht gerade stets Neues schaffend, sondern oft nur das Bestehende formulirend. Neben ihr dauert aber jene erste Quelle, das nationale Rechtsgefühl mit seiner unmittelbaren Verwirklichung im Gewohnheitsrecht, als völlig gleichberechtigt fort, und letzteres ist nicht etwa eine unvollkommene, bloß tolerirte Art der Rechtsbildung, sondern es ist die eigentlich naturgemäße, normale. Das Gewohnheitsrecht läßt sich recht eigentlich als das Schoßkind der s. g. historischen Schule bezeichnen; es scheint, als ob sie sich verpflichtet gefühlt hätte, dasselbe für die Vernachlässigung, die es früher erfahren, durch um so liebevollere Behandlung zu entschädigen. [14])

Das Neue und Verdienstliche dieser Ansicht besteht darin: erstens, daß sie an die Stelle der bis dahin gelehrten äußeren mechanischen Production des Rechts durch legislative Reflexion eine unmittelbare, s. g. organische Entstehungsweise desselben

14) Es gibt vielleicht kaum eine extremere Verherrlichung des Gewohnheitsrechts, als folgenden Ausspruch von Stahl, den ich seiner Rede über die Aufhebung der Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850 (Augsb. Allg. Zeitung 1853-Nr. 15 S. 228) entlehne, und welcher zum Beweise, bis zu welchem Punkte sich jene ungesunde und geschichtlich völlig unwahre Richtung hat verirren können, der Erinnerung erhalten zu werden verdient: „Die Form der Codifikation zerstört oder lockert wenigstens überall die festen stetigen Rechtsverhältnisse, das feste stetige Rechtsbewußtsein; sie zerstört jedenfalls die Naivetät des Rechtsbewußtseins; sie ist darum am schädlichsten für die ländliche Bevölkerung, denn wenn diese aus solcher Unschuld gerissen und zu der Reflexion aufgefordert wird, ob nicht ganz entgegengesetzte Zustände bestehen könnten, als gegenwärtig, dann ist für sie kein Halt mehr und keine Ehrfurcht vor dem Rechte." (!) Die Geschichte berichtet von diesem Zustand der „Unschuld" etwas ganz Anderes, man erinnere sich z. B. der Veranlassung der XII Tafeln (l. 2 §. 3, 4 de orig. jur. 1. 2), und Reisende, die ihn bei uncivilisirten Völkern aus eigner Anschauung haben kennen lernen, wie z. B. Lad. Magyar Reise in Südafrika I S. 286, Pest 1859, erblicken gerade in der Unbestimmtheit und Dehnbarkeit des Gewohnheitsrechts die Hauptquelle der Rechtsverwirrung. Das Ideal des Gewohnheitsrechts existirt nur in der Phantasie derer, die es erfunden haben.

ſetzte, ein Hervorquellen deſſelben aus dem Born des nationalen Rechtsgefühls [14a]) und ſodann daß ſie, indem ſie dem Recht ſeine breite nationale Grundlage und damit ſeine ſittliche Würde zurückgab, eine Verſöhnung des ſubjectiven Rechtsgefühls mit der äußern Thatſache des objectiven Rechts anbahnte, es dem ſubjectiven Geiſt, der ſich früher mit dieſer Thatſache nicht innerlich eins fühlen konnte und ſich in unbefriedigter Sehnſucht in die öden Wüſteneien des Naturrechts flüchtete, möglich machte, ſich in dieſer äußern Welt heimiſch zu fühlen als in einer Schöpfung, an der er ſelbſt mit arbeitet; ihn lehrte, in dieſer Schöpfung nur den Ausdruck deſſen zu finden, was er ſelbſt dunkel und unvollkommen in ſich trägt.

Wie aber ſo leicht eine neue Wahrheit im erſten Uebermuth über ihr Ziel hinausſchießt und in Einſeitigkeiten verfällt, ſo iſt es auch hier geſchehen, ohne daß ich damit aber im mindeſten das Verdienſt der Urheber und erſten Verfechter der neuen Lehre ſchmälern will; jede neue tief eingreifende Wahrheit hat meiner Anſicht nach erſt das Stadium der Einſeitigkeit durchzumachen. In Bezug auf die angegebene aber ſcheint es mir freilich, daß daſſelbe lange genug gedauert habe.

Der Vorwurf, den ich dieſer Lehre mache, beſteht darin, daß

14a) In dieſer Weiſe denkt man ſich insbeſondere die uranfängliche Bildung alles Rechts, daſſelbe ſoll eben ſo mühelos und ungeſucht zur Welt gekommen ſein wie die Sprache, lediglich als Frucht des unbelauſcht, unbewußt und ungeſtört ſchaffenden Volksgeiſtes — eine Idealiſirung der Urzuſtände der Völker, die zu allem, was wir ſonſt über dieſelben wiſſen, ſehr ſchlecht ſtimmt, und der ich in meinem Kampf ums Recht, Aufl. 5. Wien 1873 S. 26 u. fl. eine andere Anſicht gegenüber geſtellt habe, die dem wirklichen geſchichtlichen Sachverhalt mehr entſprechen dürfte, nämlich die, daß das Recht, wie zu jeder Zeit, ſo auch bereits in der Urzeit einen ſchweren Kampf zu beſtehen gehabt hat, um ſich und ſeine Sätze zur Geltung zu bringen. Ich unterſchreibe in dieſer Beziehung ganz den Satz von Treitſchke in ſeinen Hiſtoriſch-politiſchen Aufſätzen S. 137: „Was den Nachlebenden als das einfache Werk einer allgemeinen fragloſen Volksſtimmung erſcheint, das iſt in Wahrheit erwachſen aus harten Kämpfen ſtarker eigenwilliger Köpfe."

ſie in Ueberſchätzung der ſ. g. „naturwüchſigen Bildung“ des Gewohnheitsrechts den ungeheuern Fortſchritt ignorirt, den das Recht durch ſeinen Uebergang von dem Gewohnheitsrecht zum geſetzlichen Recht gemacht hat. Um dieſen Fortſchritt nachzuweiſen, werden wir dieſe beiden Exiſtenzformen des Rechts miteinander vergleichen.

Jener primitive Zuſtand des Rechts, von dem aus das Recht eines jeden Volkes ſich erhoben hat, und der in vereinzelter Weiſe noch heutzutage als Gewohnheitsrecht vorkommt, hat auf den erſten Blick für die bloße Gefühlsbetrachtung etwas ſehr Verführeriſches, und zwar aus demſelben Grunde, aus dem eine nüchterne Kritik ihn als einen höchſt unvollkommnen bezeichnen muß. Dieſe ſcheinbare Vollkommenheit, aber wirkliche Unvollkommenheit beſteht in der dieſen Zuſtand charakteriſirenden Harmonie und Einheit. Eins iſt hier das Recht mit dem Subject — es lebt als Rechtsgefühl oder rechtliche Ueberzeugung (ſ. g. opinio necessitatis) in ſeiner Bruſt; eins mit dem Leben — es tritt ihm nicht wie das Geſetz als äußere Anforderung fremd entgegen, ſondern es iſt ihm ſelber immanent, ſeine eigene, ſelbſtgebildete Ordnung; eins mit der Zeit — es ſchreitet ſtets mit ihr fort, bleibt nicht wie das Geſetz hinter ihr zurück. Einig endlich in ſich iſt die ganze Rechtsauffaſſung; kein Widerſpruch von Geſetzen. Die Entſcheidung wird nicht genommen aus einem einzelnen Paragraphen, ſondern aus der Fülle der totalen Rechtsanſchauung. Gerade dieſe durchgehende Einheit, dieſer friedliche Zuſammenhang aber iſt das Zeichen der Unvollkommenheit; denn der Fortſchritt des Rechts beſteht in der Zerſtörung jenes natürlichen Zuſammenhanges, in unausgeſetzter Trennung und Iſolirung.

Durch den Ausdruck: Gewohnheitsrecht hat man ſich die unbefangene Auffaſſung vielleicht nicht wenig erſchwert. Die Römer, die einerſeits freilich auch von einem jus, quod moribus introductum est ſprechen, gebrauchen doch andererſeits gern die Ausdrücke: mores majorum, consuetudo, usus longaevus,

und in dieſen Ausdrücken, die ich am liebſten durch Sitte wiedergeben möchte, iſt der richtige Geſichtspunkt meiner Anſicht nach ganz zutreffend bezeichnet. In der Sitte findet auch die rein ſittliche Anſchauung des Volkes ihren Ausdruck; gerade von dieſem äußeren Moment hat die Sprache die Bezeichnung der letzteren als Sittlichkeit, Moralität (mores) entlehnt. Ganz dieſelbe Form aber iſt es, in der im Gewohnheitsrecht die rechtliche Ueberzeugung zur Erſcheinung gelangt. Aeußerlich alſo ſind beide gar nicht zu unterſcheiden; es bleibt demnach als Unterſcheidungsmerkmal nur das innere Moment d. h. die Anforderung, daß der Gegenſatz von Recht und Moral im einzelnen Fall als Gegenſatz der rechtlichen und bloß moraliſchen Verpflichtung ſubjectiv klar erfaßt ſei. Dies mag nun in manchen Fällen in der That der Fall ſein, in andern dagegen wird ſich der Unterſchied nur als eine graduelle Differenz in der Stärke des Pflichtgefühls ankündigen, in andern endlich gar nicht entwickelt ſein. Kurz das Gefühl, das der Sitte zu Grunde liegt, trägt vermöge ſeiner Unbeſtimmtheit die Möglichkeit eines Schwankens nach beiden Seiten in ſich. Es iſt die ſittliche Subſtanz im Zuſtande der Flüſſigkeit, das Chaos, in dem die Elemente der ſittlichen Welt noch ungeſchieden durcheinander wogen, und aus dem erſt höchſt allmählig die Gegenſätze und Arten ſich ſcheiden. Eine äußere Anregung treibt die flüſſige Maſſe in dieſem Fall vielleicht mehr nach Seiten des Rechts, in jenem mehr nach Seiten der Moral; in dieſem Falle äußert ſich das Gefühl als unbedingtes Gebot, in jenem Falle, der an ſich gar nicht verſchieden war, als freie Anforderung. [15]) Der Grund liegt darin, daß die ſitt-

15) Als Beiſpiel aus der römiſchen Rechtsgeſchichte diene der Einfluß der Sitte auf die römiſchen Familienverhältniſſe (§. 32), insbeſondere die Familiengerichte, die Ausübung des Tödtungsrechts von Seiten des Vaters und Ehemannes. Daß auch die Römer ſich dieſes Moments der Unbeſtimmtheit des Gewohnheitsrechts und des Gegenſatzes des Geſetzes dazu ſehr wohl bewußt waren, darüber ſ. z. B. l. 2 §. 3 de O. J. (1. 2): incerto magis jure et consuetudine, quam per legem latam, §. 4. Postea ne

liche Substanz mit der Subjectivität noch ganz zusammenfällt, also wie alles rein Innerliche den Schwankungen der subjectiven Stimmung unterworfen ist. Jene Gleichmäßigkeit, die wir oben als eine der Cardinaleigenschaften des Rechts hingestellt haben, ist hier also noch nicht gewonnen; es fehlt dem Recht noch die Festigkeit und Härte, die sein Wesen ausmacht und es von der Moral unterscheidet. Dieser Zustand der Flüssigkeit, in dem es sich befindet, ist der Zustand seiner höchsten Unselbständigkeit, und es wäre vielleicht am richtigsten, es als Zustand der Identität des Rechts und der Moral unter dem Namen der Sitte dem Recht gegenüber zu stellen.

Mit dieser Vorstufe hat nun, wie bereits bemerkt, das Recht aller Völker begonnen und nach Verschiedenheit der Volksindividualitäten bald länger, bald kürzer darauf verweilt.[16]) Wir haben aber nicht nöthig in so entlegene Zeiten der Geschichte zurückzusteigen, um die Vorstufe kennen zu lernen; das Schauspiel der gewohnheitsrechtlichen Bildung wiederholt sich, wenn auch in vereinzelten Anwendungen, täglich unter unsern Augen, und an ihm können wir von dem eben Gesagten die Probe machen.

Wer selbst aus eigener Erfahrung Versuche des Beweises eines speziellen Gewohnheitsrechtes kennt, wird mir einräumen, daß dabei überall das zu Tage kommt, was ich als das Wesen der Sitte bezeichnet habe: die Unbestimmtheit. Er weiß, daß je nach der Verschiedenheit der vernommenen Personen das Gefühl

---

diutius id fieret placuit etc. Ebenso die Griechen, die in Bezug auf die Dehnbarkeit und Unsicherheit des Gewohnheitsrechts wohl dieselben Erfahrungen gemacht hatten, wie die Römer in der Zeit vor den XII Tafeln. Eine wahrhaft freie Staatsform bewährt sich ihrer Ansicht zufolge an der Herrschaft des Gesetzes, das Gewohnheitsrecht ist etwas Unvollkommnes. Rohes und ziemt sich für den Barbaren; der Grieche drückt klar aus, was geschehen soll, dieser hat *νόμους*, jener bloße *νόμιμα*. S. darüber Karl Friedrich Hermann Ueber Gesetz, Gesetzgebung und gesetzgebende Gewalt im Alterthum, Göttingen 1849. S. 9, 21.

16) Die griechische Bezeichnung des Rechts, *δίκη* (B. 1 Anm. 114) ist diesem Grund und Boden entwachsen.

der Nothwendigkeit bald ſchwerer, bald leichter empfunden wird d. h. bald mehr als Rechtsgefühl, bald mehr als Glaube einer bloß moraliſchen Verpflichtung. Und ebenſo lehrt die Erfahrung, daß je nach Verſchiedenheit des Richters derſelbe Beweis des Gewohnheitsrechts bald für erbracht, bald für mißlungen erklärt wird. Die Theorie des Gewohnheitsrechtes möge ſich noch ſo ſehr ihrer vermeintlichen Beſtimmtheit rühmen, ſie möge ihr „Rechtsgefühl" als Quelle des Gewohnheitsrechts in abſtracto noch ſo ſehr zu dem Gefühl einer bloß moraliſchen Verpflichtung in Gegenſatz ſtellen: im Leben ſchwimmen beide nur zu oft zu einem Fluidum zuſammen, und Unbeſtimmtheit iſt das unvertilgbare Muttermal der meiſten concreten Gewohnheitsrechte.[17])

Je weniger nun dem bisherigen nach das Recht in ſeinem primitiven Zuſtand bereits innere Feſtigkeit und Beſtimmtheit gewonnen hat, je mehr die Möglichkeit eines Schwankens in ſeiner Natur begründet iſt, um ſo höhern Werth hat auf dieſer Stufe die Tugend der Gerechtigkeit. In ihr erhebt ſich das Recht zu dem Beſtreben, ſich frei zu machen von dem Wechſel der Stimmungen, dem Einfluſſe aller perſönlichen Bezüge u. ſ. w., und eine Gleichheit der rechtlichen Behandlung eintreten zu laſſen; es iſt die erſte Regung des Selbſtändigkeitstriebes des Rechts. Die Gerechtigkeit hat hier noch mit der ganzen Gefühlsſubſtanz zu ringen, von der ſie umgeben iſt, und nur ein ungewöhnlicher Grad von Einſicht und Charakterfeſtigkeit iſt dieſer Aufgabe gewachſen. Daher auch die außerordentliche Anerkennung, die ſie findet, und die für die ſpätern Entwickelungsſtufen des Rechts keinen Sinn haben würde.

17) Wer einen eclatanten Beleg dafür wünſcht, der vergleiche einmal die Fälle, in denen unſere Doctrin von einem allgemeinen auf dem Boden des römiſchen Rechts erwachſenen modernen Gewohnheitsrecht ſpricht. Wo der Eine eine bindende Praxis annimmt (z. B. hinſichtlich der Ausdehnung der restitutio minorum auf ſämmtliche universitates personarum) meint der Andere: „eine auf ſo irriger Theorie beruhende Praxis ſei denn auch nicht geeignet, den erwähnten Rechtsſatz zu begründen." Dieſe Beiden ſind gerade die beiden Koryphäen des Gewohnheitsrechts: Puchta (Pandekten §. 103) und Savigny (Syſtem VII. S. 161).

In unſerm heutigen Recht iſt das Verdienſt der Gerechtigkeit ein unendlich geringeres; ſie liegt zum größten Theil ſchon in der Conſtruction unſeres Rechts, und was das Subject dabei thut, iſt nichts beſonderes. Seitdem das Recht in ſich ſelbſt den Prozeß der Ueberwindung des bloßen Gefühlsſtandpunktes durchgemacht hat, iſt dieſe Arbeit dem einzelnen Subject erſpart oder wenigſtens bedeutend erleichtert; was früher mühſam geſucht und gefunden werden mußte und nur von Auserwählten gefunden ward, liegt jetzt offen da und läßt ſich erlernen ohne großes Talent.[17a])

In demſelben Maße, in dem nun ein Volk das Bedürfniß nach Gerechtigkeit d. h. nach Gleichmäßigkeit empfindet, wird es den Trieb in ſich fühlen, ſich von dem Zufall der bloß individuellen Gerechtigkeit unabhängig zu machen, die Gerechtigkeit immer mehr aus der Sphäre ſubjectiver Eingebung in das Recht ſelbſt hinein zu verlegen. Das Mittel dazu iſt das Geſetz. Das Geſetz iſt der Akt, wodurch das Recht aus dem Zuſtand der Naivetät heraustritt und in officieller Weiſe zum Selbſtbewußtſein gelangt. Scheinbar iſt dieſer Vorgang ohne große Bedeutung, und doch ruft er in ſeiner Verallgemeinerung eine Reihe der wichtigſten Veränderungen im Recht ſelbſt hervor. Jede einzelne dieſer Veränderungen hat ihre Kehrſeite, und für den, der ſich an dieſe Kehrſeiten hält, und überſieht, daß kein Fortſchritt in der Welt davon frei iſt, kann der Anſchein entſtehn, als ob jener primäre Zuſtand doch das eigentliche Paradies, das Auftreten der Geſetzgebung aber den Sündenfall des Rechts bezeichne. Nach allen jenen Seiten hin, nach denen früher im Recht Harmonie und Einheit herrſchte, wird dieſelbe jetzt wie mit dem Sündenfall zerriſſen. Eins war früher das Recht mit dem ſubjectiven Gefühl. Jetzt trennen ſich beide; an die Stelle des ſubjectiv Innerlichen

17a) Cic. de off. II. 12. Jus enim semper est quaesitum aequabile neque enim aliter esset jus. Id si ab uno justo et bono viro consequebantur, erant eo contenti; quum id minus contingeret, leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur.

tritt etwas objectiv Aeußerliches. Nicht das iſt mehr Rechtens, was in der Bruſt des Subjects lebt, ſondern der todte Buchſtabe. Eins war früher das Recht mit dem Leben; wie letzteres ſich bewegte und geſtaltete, ſo auch jenes, das Recht war nie hinter der Zeit zurück, ſtand nie mit ihren Bedürfniſſen in Widerſpruch. Mit dem Geſetz hört dieſe Einheit auf. Das Recht ſteht nicht mehr innerhalb des Lebens und ſchreitet nicht mehr von ſelbſt mit ihm fort, ſondern es ſteht außerhalb deſſelben, regungs- und bewegungslos, und richtet von außen her ſeine Gebote an daſſelbe. Das Geſetz erſtarrt in demſelben Moment, in dem es verzeichnet wird, während das Leben in unausgeſetzter Bewegung bleibt, und doch ſoll letzteres ſich der todten Satzung der Vergangenheit fügen!

Auch hinſichtlich der Art der Beurtheilung der concreten Rechtsverhältniſſe bereitet ſich mit dem Syſtem des geſchriebenen Rechts eine Veränderung vor, die gleichfalls ſcheinbar mit einer Einbuße verbunden iſt. Das Rechtsgefühl war etwas Ungetheiltes, Einiges, kein Theil deſſelben arbeitete für ſich allein; es war ein Spiegel, der die concreten Rechtsverhältniſſe mit einem Male in ihrer ganzen Erſcheinung, in allen ihren Bezügen, nach allen Seiten hin erfaßte.[17b]) Kurz es war die Unmittelbarkeit des Totaleindrucks, welche in der Periode der Naivetät das Urtheil beſtimmte. Wie aber jetzt? Der Spiegel iſt in Stücke zerſchlagen, und aus den Splittern und Stücken ſind die ſchmalen Paragraphen eines Geſetzes oder Geſetzbuches geworden. In ihnen hat der concrete Fall ſich abzuſpiegeln, erſt in dieſem Paragraph von dieſer Seite, dann in jenem von jener Seite. Alſo vollſtändige Zerſtückelung ſtatt der Einheit!

Es iſt leicht, wie man ſieht, die Kehrſeiten des geſchriebenen Rechts aufzudecken und bei Schwärmern und Urtheilsloſen eine Sehnſucht nach dem „Recht, das mit uns geboren," zu erregen. Die Wahrheit hat hier nicht ſo leichtes Spiel, denn ſie befindet ſich von vornherein mit der Gefühlsnatur im Menſchen in Wider-

17b) S. über den hier berührten Gegenſatz II S. 349 Note 498.

ſpruch. Die Tendenz des Rechts nach Selbſtändigkeit und Objectivität, als deren Ausfluß das Geſetz erſcheint, hat ja von vornherein zum Zweck, die Herrſchaft des Gefühls im Recht zu brechen,[17c]) und die ganze Methode, Technik, Conſtruction des Rechts dient demſelben Zweck. Erklärlich, daß das Gefühl, das ſich dadurch in ſeinem innerſten Weſen bedroht ſieht, ſich dagegen ſträubt, und daß, je mehr in einem Volke oder Individuum die Gefühlsnatur prävalirt, es ihm um ſo ſchwieriger fällt ſich mit dieſer Weiſe des Rechts zu befreunden. Man ſieht, alle jene Veränderungen, die das Syſtem des geſchriebenen Rechts hervorruft, beruhen auf Trennung und Iſolirung, und wir haben hier Gelegenheit, die Wahrheit der obigen Bemerkung, daß der Fortſchritt des Rechts in Trennung beſteht, zu erproben. Wie das ſelbſtändige Leben des Kindes erſt durch Trennung von der Mutter begründet wird, ſo auch das des Rechts erſt durch die Ablöſung von dem nationalen Rechtsgefühl, in dem es ſeinen Urſprung fand. Dieſe Ablöſung aber geſchieht durch das Geſetz. Allerdings erleidet das Recht dadurch eine gewiſſe Einbuße, es verliert jene Flüſſigkeit und Beweglichkeit, allein die Einbuße ſteht in keinem Verhältniß zu dem Gewinn, d. i. der Zunahme des Rechts an Feſtigkeit, Beſtimmtheit, Gleichmäßigkeit, kurz an Selbſtändigkeit. Theils nämlich vermag auch das geſchriebene Recht ſich eine gewiſſe Elaſticität zu erhalten, wie das dritte Syſtem uns dies veranſchaulichen wird; durch entſprechende Aenderungen ſeiner ſelbſt kann es jederzeit der Entwickelung des Verkehrs und der nationalen Rechtsanſchauung folgen. Theils aber iſt die Beſtimmtheit, Sicherheit, Gleichmäßigkeit, Ruhe, Feſtigkeit des Rechts für das Leben unendlich viel wichtiger als die Fähigkeit ſich letzterem ſtets in jedem Augenblick und für jedes einzelne Verhältniß zu accommodiren. Denn die Verhältniſſe, in denen ſich das rechtliche Leben der Gattung darſtellt, ſind nicht ſo indi-

17c) Liv. II. 3: Leges rem surdam inexorabilem esse, nihil laxamenti nec veniae habere, si modum excesseris.

viduell, daß sie sich nicht typisch durch das Gesetz normiren ließen; es kommt nur darauf an, daß das Gesetz in seiner Klassificirung weit genug ins Detail hinabsteigt. Und ebensowenig sind sie so veränderlich, daß sie sich nicht ohne Zwang auf längere Zeit einer und derselben Regel fügen könnten.

Der positive Fortschritt, den das Recht mit seiner Aufzeichnung macht, läßt sich mit einem Wort bezeichnen als Uebergang aus der subjectiven Innerlichkeit zur objectiven Aeußerlichkeit. Hiermit hat dasselbe zunächst die Selbständigkeit in der Form gewonnen. Die Sitte, in der es sich früher darstellte, war eine ihm nichts weniger als eigenthümliche Form; auch das rein Zweckmäßige, das zum Recht nicht die entfernteste Beziehung hat, kann Sitte sein. Das Gesetz hingegen ist die ausschließliche Form des Rechts. Was Sitte ist, ist nicht bloß darum schon Recht, wohl aber, was Gesetz ist. So ist also der Unbestimmtheit des Rechts hinsichtlich der Form fortan ein Ende gemacht. Ferner und vor allem aber ist damit die wichtigste Eigenschaft des Rechts: die Gleichmäßigkeit angebahnt. Während früher das Recht wie das Bild im Wasser den Fluctuationen des reflectirenden Gegenstandes mit unterworfen war, wird es jetzt reflectirt aus einem Spiegel, der keiner Bewegung fähig ist. Freilich kommt es auch bei diesem Spiegel wie bei jedem darauf an, wer hinein sieht; auch das Gesetz schließt wie alles Objective, wenn es vom Subject erfaßt wird, den Einfluß der subjectiven Verschiedenheiten und der Stimmungen desselben Subjects nicht völlig aus, aber es ist doch ein objectiver Anhaltspunkt gewonnen, den Schwankungen der subjectiven Ansicht, den Einflüssen des Gefühls bis zu einem gewissen Grade ein Damm entgegengesetzt. Aus einer Sache des Gefühls wird das Recht jetzt ein Gegenstand der Erkenntniß, es wird logisch berechenbar, objectiv meßbar. Die Intuition macht folgeweise immer mehr dem discursiven Denken Platz. Das Mangelhafte der Beurtheilung der Rechtsverhältnisse nach dem Totaleindruck, von der oben die Rede war, besteht darin, daß leicht unbewußter Weise unberechtigte Einflüsse auf die Her-

vorbringung des Totaleindrucks mitwirken können. Eine genaue Vergleichung der verschiedenen Fälle ist nicht möglich, wenn man sie bloß in ihrer Totalität auffaßt, sondern es ist wie bei der chemischen Vergleichung der Körper eine Auflösung in ihre Grundbestandtheile, ein Zerlegen und stückweises Vergleichen und Abwägen derselben erforderlich. Wir werden an einer spätern Stelle Gelegenheit erhalten, die juristische Scheidekunst in ihrer innersten Werkstätte zu beobachten, und gehen daher hier auf diesen Punkt nicht weiter ein, kehren vielmehr zum ältern römischen Recht zurück, indem wir dasselbe unter dem bisher entwickelten Gesichtspunkt betrachten.

Den Römern konnte es ihrer ganzen Natur nach nicht beschieden sein lange in dem naiven Zustande der Sitte zu verharren. Für ein Recht, das wenigstens nach seiner privatrechtlichen Seite hin vom Selbständigkeitstriebe beseelt war wie kein anderes, versteht sich eine entschiedene Hinneigung zum System des geschriebenen Rechts ganz von selbst. Es ist in dieser Beziehung bezeichnend, daß die spätere Zeit selbst die Einrichtungen der Urzeit, offenbare Naturproducte, wenn ich so sagen darf, auf Gesetze des Romulus und Numa zurückführte. Dem römischen Geist erschien es als das Natürliche, daß die Reflexion und das Bewußtsein die sittliche Welt gestalte oder das Vorhandene wenigstens in Form des Gesetzes erfasse und darstelle (§. 8).

Jene älteste Zeit mit ihren angeblichen Gesetzen liegt außer unserm Gesichtskreise. Dagegen gibt uns das Recht der Republik das Bild einer regen Thätigkeit der Gesetzgebung, auf die wir aber hier im Einzelnen begreiflicherweise nicht eingehen können. Die hervorragendste Erscheinung dieser Periode ist die Zwölftafelngesetzgebung, die Grundlage des ganzen zweiten Systems. Im wesentlichen enthielt dieselbe nur eine Codification des bestehenden Rechts und war wie ähnliche Erscheinungen bei andern Völkern z. B. bei den Germanen zur Zeit der Völkerwanderung, durch eine fühlbar gewordene Unsicherheit des Rechts veranlaßt, wenigstens wird uns von spätern Referenten dies Motiv an-

gegeben.[18]) In der Regel sind es bedeutende Störungen der bisherigen Lebensverhältnisse der Völker, die eine solche Unsicherheit und mit ihr das Bedürfniß der Codification herbeiführen, namentlich starke Zuflüsse neuer ethnischer Elemente, Aenderungen in dem Compositionsverhältniß der Volksschichten u. s. w. In Rom lag der Grund in der durch die Vertreibung der Könige verschobenen Stellung der Patricier und Plebejer, und die Plebs war es, auf deren Rechnung das Verdienst fällt, jene für die ganze römische Rechtsentwickelung so unendlich folgenreiche Maßregel der Codification des bestehenden Rechts erzwungen zu haben. Die Absicht war auf eine erschöpfende Formulirung des gesammten geltenden Rechts gerichtet, daß dieselbe aber nur annäherungsweise zu erreichen war, braucht nach unsern Ausführungen über das Verhältniß der Formulirungen des Rechts zu dem wirklichen Rechte (B. 1 Einleitung) nicht erst bemerkt zu werden. Ein näheres Eingehen auf dieses Zwölftafelngesetz ist hier nicht am Orte, da dem Gesichtspunkt, den wir gegenwärtig verfolgen, mit der Verweisung auf die bloße Thatsache jener Codification ein Genüge geschehen ist; nach andern Seiten hin werden wir noch öfter auf jenes Gesetz zurückkommen müssen.

Wir haben bisher dem ältern Recht im allgemeinen eine Hinneigung zum System des geschriebenen Rechts vindicirt, diese Behauptung bedarf aber einer nähern Bestimmung hinsichtlich der einzelnen Theile des Rechts. Auf dem Gebiete des Privatrechts und Civilprozesses tritt jene Tendenz am entschiedensten hervor, weniger im Staatsrecht, am wenigsten im Criminalrecht.

Wer sich unbefangen dem Eindruck des ältern Rechts hingibt,

---

18) Pomponius in l. 2 §. 3 de orig. jur. (1. 2) iterumque coepit populus Romanus incerto magis jure et consuetudine uti, quam per legem latam. Auf dasselbe Motiv der unerträglich gewordenen Unsicherheit des Rechts wird die Gesetzgebung des Drako zurückgeführt, K. F. Hermann in der Note 15 citirten Schrift, S. 45.

wird auf den zuerst genannten beiden Gebieten eher alles andere finden als eine Bestätigung der Lehre der historischen Schule von der „naturwüchsigen" Existenz und Fortbildung des Rechts.[19] Die ersten Blätter der römischen Geschichte berichten bereits von einem so grundlegenden Gesetzgebungswerk wie dem des Servius Tullius, und in dem Maße identificirte die römische Vorstellung die Herrschaft des Rechts mit der der Gesetze, daß sie selbst die Einrichtungen der mythischen Zeit in Gesetze des Romulus und Numa Pompilius verwandelte[19a] und sich die Thatsache, daß trotz der Gesetze der Könige so bald nach der Königszeit die umfassende Gesetzgebung der XII Tafeln nöthig ward, nicht besser zurecht zu legen wußte, als daß sie in die Anfangszeit der Republik eine Periode des Gewohnheits- d. h. in ihren Augen eines unsichern Rechts einschob.[20] Varro bezeichnet das Gesetz als einzige Quelle, aus der in alter Zeit der Prätor habe schöpfen dürfen, nur dem Censor habe die Billigkeit (d. h. das nicht geschriebene Recht) als Richtschnur gedient,[21] und einem Gajus konnte es sogar begegnen, daß er bei Aufzählung der Rechtsquellen in einem Institutionen-Compendium das Gewohnheitsrecht völlig

---

19) Puchta Gewohnheitsrecht B. 1 S. 16 scheint gerade entgegengesetzter Ansicht zu sein, er meint sogar, bei den Römern habe der Gegensatz zwischen gesetzlichem und Gewohnheitsrecht durchaus nicht die Wirksamkeit erhalten, welche ihm in unserer Zeit zu Theil geworden sei. Wenn er sich dafür aber auf die interpretatio beruft, welche nur als eine Fortsetzung des geschriebenen Rechts betrachtet worden sei, so spricht dies eher gegen, als für seine Meinung; und er selbst erkennt (S. 24) auch den „Vorzug des gesetzlich niedergeschriebenen Rechts der Zwölf Tafeln an, an welches alles andere Recht angeschlossen wurde, wodurch es denn allerdings als ein damit identisches anerkannt wurde, andererseits aber eine sekundäre Stelle gegen das gesetzliche erhielt."

19a) So beginnt bei Livius (I. 8) die Gründung Roms mit der Gesetzgebung: vocata multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, jura dedit.

20) Pomponius in der mehrfach citirten l. 2 §. 3 de O. J. (1. 2).

21) Varro de L. L. VI. 71 quod tum praetorium jus ad legem et censorium judicium ad aequum aestimabatur.

vergaß! [22]) Auch Aelius hatte in ſeiner Tripertita für das Gewohnheitsrecht keinen Platz. [23]) Der älteſte Prozeß verräth ſchon durch ſeinen Namen (legis actio), welche Rolle das Geſetz in ihm ſpielt, und ob mit Recht oder Unrecht, kurzum Gajus und Pomponius erblicken in den Legisactionen nur eine Einrichtung zum Zweck der Verwirklichung der Geſetze, denſelben aufs Haar angepaßt und beſtimmt der liebenswürdigen Harmloſigkeit, deren das Recht bei ſeiner naturwüchſigen Exiſtenz ſich erfreute, ein Ende zu machen. [24]) Nur ein Beiſpiel weiß Gajus zu nennen, wo eine legis actio auf ein anderes Verhältniß ausgedehnt worden ſei, als wofür ſie im Geſetz eingeführt war: die per pignoris capionem, und ſie war nur ein außergerichtlicher Akt, dem die Eigenſchaft einer legis actio von Manchen beſtritten wurde. Keine der wichtigen Reformen, denen der Prozeß im Lauf der Zeit unterlag, iſt auf gewohnheitsrechtlichem Wege erfolgt, für alle weiß Gajus ein Geſetz zu nennen, und ſelbſt die allmählige, gewohnheitsrechtliche Umbildung der Formeln des Legisactionenprozeſſes war durch ihre bekannte Abhängigkeit von den Geſetzen (Gaj. IV, 11) ausgeſchloſſen.

Kurz der altrömiſche Prozeß iſt ſeiner ganzen Anlage und ſeiner Geſchichte nach ein Proteſt gegen das Gewohnheitsrecht, wie er ſich kaum ſchroffer und deutlicher denken läßt, [25]) und wenn man bedenkt, daß die Unſicherheit des Gewohnheitsrechts als der Grund angegeben wird, der die XII Tafeln ins Leben gerufen habe, ſo wird man dieſen Proteſt verſtehen. Der Zweck der ganzen Einrichtung war, es dem Magiſtrat unmöglich zu machen,

22) Gaj. I. 2. Darauf macht mit Recht Lenz Ueber die geſchichtliche Entſtehung des Rechts, Greifswald und Leipzig 1854, S. 164, der die im Text entwickelte Anſicht theilt, aufmerkſam.

23) l. 2 §. 38 de O. J. (1. 2).

24) Pomponius a. a. O. §. 6: ex his legibus actiones compositae sunt ... quas ne populus prout vellet instituereț, certas solennesque esse voluerunt.

25) In weiterer Ausführung komme ich in §. 47 (III S. 666 fl.) darauf zurück.

nach einer andern Rechtsquelle zu urtheilen als nach Geſetzen. Der Zweck wäre nur zur Hälfte erreicht worden und nicht einmal das, wenn ſich die Geſetze, welche der magiſtratiſchen Willkür eine Grenze ſetzen ſollten, gleich unſern heutigen Prozeßgeſetzen lediglich auf die Form des Verfahrens beſchränkt hätten. Dies war aber keineswegs der Fall, denn unſere heutige Scheidung zwiſchen dem materiellen und dem Prozeßrechte iſt der alten Zeit fremd (III. 19), in den Legisactionen ſteckte zugleich das materielle Recht; ein Anſpruch, der kein Geſetz für ſich citiren konnte, exiſtirte für den Richter nicht.

So war denn der Spielraum des Gewohnheitsrechts im alten Recht ein höchſt beſchränkter. Außer dem Fall der pignoris capio wüßte ich kein Beiſpiel davon als die Erleichterung, welche der Prätor bei Ausdehnung des römiſchen Gebiets ſich für den Akt des manum conserere verſtattete, indem er die Partheien nicht mehr wie einſt auf das Grundſtück begleitete. (II 600.)[26] Für das materielle Recht iſt mir kein Beiſpiel einer ſelbſtändigen gewohnheitsrechtlichen Bildung aus dieſer Zeit bekannt. Diejenigen, die man etwa als ſolche bezeichnen könnte, ſind Producte der interpretatio der Juriſten (§. 27) d. h. Fortbildungen des Geſetzes. Will man dieſe Thätigkeit der Juriſten, weil ſie unter der Form der Interpretation wirklich neue Rechtsſätze ins Leben rief, unter den Geſichtspunkt des Gewohnheitsrechts bringen, dann allerdings öffnet ſich für letzteres eine reiche Aerndte. Allein wie wenig dieſe Schöpfungen der Juriſten, das jus civile im engern Sinn, geeignet ſind, die Idee des ſ. g. naturwüchſigen, organiſchen Wachſens des Rechts zu unterſtützen, in welchem Maße alles, was aus ihren Händen hervorgegangen iſt, den Stempel bewußter Abſicht und einer nach ganz beſtimmten Regeln operirenden höchſt ausgebildeten Kunſt an ſich trägt, das hoffe ich

26) Gell. XX. 10. § 9 institutum contra XII tabulas tacito consensu. Die aus der Praxis des Centumviralgerichts hervorgegangene querela inofficiosi gehört dem dritten Syſtem an, wo ich auf ſie zurückkommen werde.

ſpäter (§. 44, 47—58) in einer Weiſe darthun zu können, die jeden Widerſpruch daniederſchlägt. Wenn das römiſche Recht groß geworden iſt, ſo verdankt es ſeine Größe allein dem Umſtande, daß es jene angebliche Periode des traumartigen Daſeins oder Urſchlummers, in dem der Menſch die Hände in den Schooß legt, und der „Naturtrieb" das Beſte thut, entweder nie gekannt oder frühzeitig überwunden hat und ſehr bald Gegenſtand menſchlichen Nachdenkens und bewußter Thätigkeit geworden iſt.[26a])

Zu den bisher angegebenen ſpeciell hiſtoriſchen Zeugniſſen geſellt ſich in meinen Augen noch ein anderer allgemeinerer Grund, mit dem ich die Annahme, daß das Gewohnheitsrecht im altrömiſchen Privatrecht eine erhebliche Rolle geſpielt habe, nicht zu vereinen weiß. Dies iſt der im ältern Recht ſo unverkennbar hervortretende Zug nach äußerer formeller Beſtimmtheit.

Wie es dem ältern Recht widerſtrebte, dem bloßen Pactum d. i. dem formloſen individuellen Willen eine juriſtiſche Wirkſamkeit zuzugeſtehen, ſo mußte es auch ſeiner ganzen Natur zuwider ſein, dem formloſen allgemeinen oder ſ. g. objectiven Willen d. h. dem Gewohnheitsrecht eine ſolche einzuräumen. Nicht darin, daß beide formlos ſind, liegt ihre Unvollkommenheit, ſondern darin, daß ihnen mit der Form auch die Beſtimmtheit abgeht. Ob Jemand ſich durch ein formloſes Verſprechen bloß moraliſch oder juriſtiſch hat binden wollen, iſt unter Umſtänden ebenſo zweifelhaft, als ob einer Gewohnheit das Gefühl rechtlicher Nothwendigkeit oder das einer bloß moraliſchen Verpflichtung zu Grunde liegt. Der Formalismus (§. 45 — 47) iſt einer der hervorragendſten Grundzüge des ältern Rechts. Wie derſelbe nun im Privatrecht zu den formellen Verträgen, im Prozeß zu den feſten Klagformeln führte, ſo bei den Rechtsquellen, wenn er ſich nicht hier allein verläugnen ſollte, zur Erfaſſung und Entwickelung

---

26a) Für dieſe letztere Behauptung citire ich keinen einzelnen Abſchnitt oder Paragraphen des zweiten Syſtems beſonders, ich müßte ſie alle citiren, denn jede Materie, die ich behandeln werde, legt dafür Zeugniß ab.

des Systems des geschriebenen Rechts gegenüber dem des ungeschriebenen.

Der privatrechtliche Verkehr läßt sich ohne Nachtheil festen, unbeugsamen Regeln unterordnen; er bewegt sich in stereotypen Formen, und Regelmäßigkeit, Sicherheit, Berechenbarkeit ist gerade das, was er erstrebt; je genauer und bestimmter ihm seine Bahnen vorgezeichnet werden, desto vortheilhafter für ihn. Anders der Staat und das öffentliche Leben. Die Lagen, in die er geräth, so wie die zu ergreifenden Maßregeln sind nicht in gleicher Weise im voraus zu berechnen, er muß auf das Ungewöhnliche gefaßt sein, mithin eine Verfassung von der nöthigen Biegsamkeit und Elasticität besitzen, um dem Ungewöhnlichen begegnen zu können. Ist dies nicht der Fall, hat vielmehr politische Kurzsichtigkeit in vermeintlicher Gescheidheit seine Verfassung nach dem Muster eines Uhrwerks zugeschnitten, in dem jeder Feder und jedem Rade genau ihr Spielraum zugewiesen und nicht die geringste abweichende Bewegung möglich ist, so zieht ein ungewöhnliches Ereigniß entweder eine Stockung und die empfindlichsten Folgen nach sich, oder die Staatsgewalt wird dadurch zum gewaltsamen Umsturz der Verfassung gezwungen. Es beweist den hohen politischen Instinkt der Römer, daß sie, so sehr sie auch von ihrem Privatrecht her an die größtmögliche Fixirung und Objectivirung des Rechts gewohnt waren, doch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts sich nicht verleiten ließen, ein Gleiches zu erstreben. Während sie dem Magistrate bei der Civilrechtspflege durch das Gesetz in ängstlichster Weise die Hände gebunden hatten, verkannten sie nicht, daß in den Verhältnissen des öffentlichen Rechts nicht die todte Regel, sondern die freie Einsicht herrschen müsse, und sie verkümmerten der Magistratur nicht die Macht, Gutes zu thun, in der Absicht ihr die Macht, Böses zu thun, zu entziehen (§. 35).

Am wenigsten hatte sich die Herrschaft des Gesetzes verwirklicht im Criminalrecht.[26b]) Solange das Volk selbst in

26b) Gerade der Theil, für den unser heutiges Rechtsgefühl sie am meisten postulirt. Der Gegensatz unseres heutigen und des altrömischen

ſeinen Comitien die Strafgerichtsbarkeit ausübte, war dieſe Form des Prozeſſes einer Fixirung der materiellen ſtrafrechtlichen Grundſätze gelinde geſagt ungünſtig. Allerdings enthielten die Zwölf Tafeln einige ſpezielle criminaliſtiſche Beſtimmungen und namentlich den allgemeinen Grundſatz, daß Capitalſtrafen nur von den Centuriatcomitien erkannt werden dürften, auch werden in einigen Fällen leges und mores als Anhaltspunkte für die Anklage erwähnt,[27]) jedoch beweiſt die Art und Weiſe, wie das Volk die ihm zuſtehende Gewalt ausübte, daß es ſich im allgemeinen durch Regeln nicht gebunden erachtete, ſondern dem Totaleindruck des Falles, der Eingebung des Augenblicks, ja, wir möchten von unſerm heutigen Standpunkt aus ſagen, der reinen Laune und Willkür folgte. Wie verſchieden ward oft ein und daſſelbe Verbrechen beſtraft, und welche Gründe, die nach unſerer heutigen Auffaſſung mit der Strafwürdigkeit des Angeklagten nichts gemein haben, gaben hier nicht ſelten den Ausſchlag![28])

Man hat jene Strafgerichtsbarkeit des Volks als eine Vereinigung der geſetzgebenden und richterlichen Gewalt bezeichnet, die Urtheile Geſetze für den einzelnen Fall genannt,[29]) und dieſer Geſichtspunkt iſt völlig zutreffend. Woher aber dieſe Erſcheinung,

---

Rechts iſt in den beiden Sätzen enthalten: nulla poena sine lege und nulla actio sine lege (legis actio).

27) Liv. XXVI. 3... quominus seu legibus, seu moribus mallet, anquireret.

28) S. hierüber E. Platner Quaestiones de jure criminum Romano quaest. I u. Geib Geſchichte des römiſchen Criminalprozeſſes S. 125—128.

29) Geib a. a. O. S. 125: „Gleich wie nach griechiſchen Rechtsbegriffen war es auch in Rom entſchiedener Grundgedanke, daß die Richter in Criminalſachen nicht bloß Diener des Geſetzes ſeien und als ſolche unter demſelben ſtünden, ſondern daß ſie zugleich gewiſſermaßen als deſſen Beherrſcher betrachtet werden müßten und daher, ſo oft dies die Umſtände verlangten, ſogar über daſſelbe ſich erheben, gleichſam die Geſetzgeber für den einzelnen Fall vorſtellen ſollten." S. 127: „Das Volk war nicht bloß überall der Sache nach Geſetzgeber und Richter, ſondern es vermengte auf dieſe Weiſe auch ſehr häufig der Zeit nach jene beiden Eigenſchaften, und dieſelben floſſen

daß das Volk des Rechts jene Trennung zwiſchen Recht und Rechtsanwendung, die eins der erſten Requiſite für die Selbſtändigkeit und Gleichmäßigkeit des Rechts iſt, auf dem Gebiete des Criminalrechts ſo ſpät vollzogen hat, daß, während das ganze Civilrecht im höchſten Grade von der Tendenz nach Feſtigkeit, Beſtimmtheit, Objectivität, Gleichmäßigkeit durchdrungen iſt, das Criminalrecht ſich ſo lange im gerade entgegengeſetzten Zuſtande der äußerſten Flüſſigkeit und völligen Befangenheit in der Subjectivität der Gefühlsſtimmung zu erhalten vermochte? Es hängt dies, wie ich glaube, mit der antiken Vorſtellungsweiſe von dem Verhältniß des Bürgers zum Staat zuſammen. Nach unſerer heutigen Auffaſſung iſt daſſelbe ein bloß rechtliches, d. h. der Staat fordert von ſeinen Mitgliedern eine äußere Handlungsweiſe; die Geſinnung, aus der ſie hervorgeht, iſt ihm dabei nicht weſentlich. Der antike Staat hingegen verlangt nicht Handlungen, ſondern eine beſtimmte Geſinnung, aus der die nöthigen Handlungen dann von ſelbſt im reichſten Maße und in ſchönſter, edelſter Weiſe hervorquellen: die Geſinnung der vollſten Liebe und Hingebung. Seine Anforderung iſt alſo *ſittlicher, innerlicher* Art, die des heutigen Staats *rechtlicher, äußerlicher*. Nicht durch ein äußeres legales Handeln konnte ſich der Grieche und Römer mit ſeinem Staat abfinden, nicht auf dem Fuße gegenſeitiger Abrechnung ſtanden ſie zu einander, bei dem es wohl wie heutzutage gar nicht einmal für unehrenhaft gilt, den Staat zu übervortheilen, ſondern der Bürger gehörte mit allem, was er war und hatte, dem Staat an. Kein Geſetz brauchte ihn zu lehren, wie er ſich äußerlich gegen den Staat zu verhalten habe, ſo wenig wie die Liebe ſolcher äußern Anweiſungen bedarf; das eigene Gefühl ſagte es ihm. Darum war denn auch die ſtrafrechtliche Cenſur, die der Staat gegen die Bürger ausübte, nicht auf einzelne, äußere Handlungen gerichtet, ſondern ſie umfaßte wie der Staat ſelbſt das

---

eben daher ſo ſehr zuſammen, daß ſie ſelbſt im Begriff ſich kaum von einander unterſcheiden laſſen."

Individuum in seiner ganzen Persönlichkeit, und die strafbare Handlung, die bei uns die Bedeutung hat, Gegenstand der Untersuchung zu sein, hatte im Alterthum nur die, letztere zu veranlassen. Das Volk und der Verbrecher stehen sich hier in ihrer Totalität gegenüber; nicht einzelne Rechtssätze und Handlungen.[30]) Das Volk mit seiner ganzen Denk- und Gefühlsweise ist der Spiegel, worin der Verbrecher sich in seiner totalen sittlichen Existenz beschauen und zur Erkenntniß seines Abfalls vom nationalen Wesen gelangen soll; es ist das nationale Gewissen, das hier in seiner vollen Stärke an ihn herantritt, und dem gegenüber er sich nicht mit der Ausflucht der Unkenntniß oder des Mangels an ausdrücklichen gesetzlichen Verboten entschuldigen kann.[31]) Nicht die That wird schließlich an ihm gestraft, sondern die Gesinnung, aus der sie geflossen, und die mit der That keineswegs erst entstanden, sondern nur bei Gelegenheit derselben offenkundig geworden ist; nicht die Uebereilung einer schwachen Stunde, sondern der Werth des ganzen Lebens wird einer Prüfung unterworfen.

Diese Behandlungsweise hat etwas Schönes und Anziehendes, aber dies darf uns nicht abhalten, zu erkennen, daß sie, so sehr sie auch relativ berechtigt war, doch einer unvollkommneren Stufe der Rechtsentwickelung angehörte. Jenes Recht, das für den ein-

---

30) Ein auf gleicher Stufe stehendes germanisches Institut war das der Eideshelfer, insofern nämlich als auch in ihm sich die Trennung zwischen That und Thäter noch nicht vollzogen hatte, die Eideshelfer vielmehr in derselben Weise, wie das Volk in den judiciis publicis statt der That den Charakter des Thäters ins Auge faßten, statt der zu beweisenden Handlung die Glaubwürdigkeit des Beweisführers beschworen.

31) Civem, sagt Platner a. a. O. p. 8, scire debere ex notione reipublicae, cui adscriptus est, quae peccata sint fugienda, si in poenam incurrere nolit. Legem hic omnino deesse dici nequit, verum enim vera lex, qua poena infligitur, est illa omnium civium communis conscientia, quae cum unoquoque quasi nascitur et adolescit, ita ut a nemine ignorari possit, qui vinculo reipublicae illigatus teneatur.

zelnen Fall zugleich geſchaffen und angewandt ward, wie war es doch von der augenblicklichen Stimmung des Volks, von politiſchen Rückſichten und Einflüſſen, kurz von Zufällen abhängig, die mit der Strafwürdigkeit des Angeklagten nichts gemein hatten![31a]) Wie das Gewiſſen des Einzelnen nicht zu jeder Zeit gleich lebendig iſt, ſo auch nicht jenes zum Richterſpruch aufgerufene nationale Gewiſſen; je nach Zeit und Umſtänden bald ſtrenger und reizbarer, bald nachſichtiger und indolenter, durch künſtliche Mittel, durch Rede und Gegenrede, die ſich ganz conſequent vorzugsweiſe in der Gefühlsſphäre bewegten, excitirt oder beſchwichtigt, gewährte es dem Angeſchuldigten in der That nicht die Garantie der wahren d. i. der ſich ſelbſt gleich bleibenden Gerechtigkeit. Auch in dieſer Richtung läßt ſich letztere nur erreichen auf dem Wege der Scheidung: der Aufhebung jener Identität des Geſetzgebers und Richters, der Befreiung des Rechts von den Einflüſſen der Politik und der augenblicklichen Stimmung, der Trennung der That von der Perſönlichkeit des Thäters,[31b]) kurz durch Objectivirung der Regel in Form des Geſetzes — ein Weg, den das römiſche Recht gegen das Ende der Republik eingeſchlagen, die moderne Welt beibehalten hat, und den ſie auch nie wieder verlaſſen wird.

Das Reſultat unſerer Prüfung des älteren Rechts beſteht darin, daß das Maß, in dem der Trieb nach äußerer Fixirung

31a) z. B. zur Befriedigung der Volksrache: Liv. 2, 35 se judicem quisque, se dominum vitae necisque inimici videbant; als Mittel für politiſche Zwecke: z. B. 37, 58; 3, 59: hoc anno nec diem dici cuiquam nec in vincula duci quemquam sum passurus; 4, 41: von zwei deſſelben Verbrechens Angeklagten der eine verurtheilt, der andere freigeſprochen. Ein reines Lotterieſpiel!

31b) Dieſer Gegenſatz, der für die Rechtspflege ſo außerordentlich wichtig iſt, wird von Gellius XIV. 2 §. 25, dem er bei Gelegenheit eines von ihm ſelbſt zu entſcheidenden Rechtsſtreits entgegentrat, ſehr gut betont: ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer.

in demſelben hervortrat, nach den verſchiedenen Seiten des Rechts ein verſchiedenes war, die rein privatrechtliche Seite deſſelben in eben dem Grade von dieſem Triebe beherrſcht ward, als die öffentliche Seite deſſelben ihm Widerſtand leiſtete. In dieſer Verſchiedenheit erblicke ich einen Hauptgrund des Vorſprunges, den die wiſſenſchaftliche Cultur des Privatrechts vor der des Criminalrechts erlangt hat.[32]) Als letzteres in den Geſetzen über die quaestiones perpetuae ſich abzulagern begann, hatte erſteres bereits ſeit Jahrhunderten die Vortheile des Zuſtandes der Feſtigkeit genoſſen, wozu ſich noch der Umſtand geſellte, daß dieſer Ablagerungsprozeß in eine nichts weniger als günſtige Zeit fiel: in die der Auflöſung der Republik.

2. Die innere Selbſtändigkeit des Rechts.

Ausſcheidung fremdartiger Elemente — abgeſonderte Befriedigung derſelben, des religiöſen im fas, des moraliſchen und politiſch-ökonomiſchen in der Cenſur — die Cenſur ein Ableiter für das Recht. — Scharfer Gegenſatz zwiſchen Recht und Moral.

Inter ea relinquimus, quae ad judices deos mittimus.
Seneca de benef. III 16.

XXVI. Für die innere Selbſtändigkeit (S. 24) des altrömiſchen Rechts iſt zunächſt der bereits an anderer Stelle (§. 18) entwickelte Gegenſatz zwiſchen jus und fas zu beachten. Dadurch, daß die religiöſe Subſtanz, ſoweit ſie eine rechtliche Beziehung hatte, im fas zu einem ſeparaten Daſein gelangte, ward das jus nach der religiöſen Seite völlig frei und konnte, ungehemmt durch religiöſe Rückſichten oder Forderungen irgendwelcher Art, das rein Menſchliche des Privatrechts zur reinſten und vollſtändigſten

32) In Deutſchland haben entgegengeſetzte Urſachen (Note 26a) entgegengeſetzte Wirkungen zur Folge gehabt, wenigſtens finde ich den Grund, warum das Criminalrecht in ſeiner wiſſenſchaftlichen Ausbildung das deutſche Privatrecht überflügelt hat, vorzugsweiſe in der gemeinrechtlichen Fixirung deſſelben durch die Carolina.

Darstellung bringen. Der Dualismus dieser beiden Stücke und Arten des Rechts reicht unzweifelhaft weit über das historische Rom hinaus; er steht bereits an der Schwelle der Geschichte des eigentlichen römischen Rechts. Ob er zugleich ein ethnischer gewesen und durch das Zusammentreffen zweier Völker, von denen das eine das Recht als fas, das andere es als jus erfaßt hatte, nach Rom gebracht, oder ob er das Werk eines Volkes gewesen, bleibe dahingestellt; für das römische Recht, das ihn bereits vorfand, war er eine außerordentlich werthvolle Mitgift. Er versetzte von vornherein den römischen Geist auf eine Stufe der Rechtsanschauung, welche manche andere Völker nie erstiegen haben, gewährte dem Privatrecht von Anfang an volle Freiheit der Bewegung.

Wie nun das ursprünglich im Recht vorhandene religiöse Element, wenn ich so sagen darf, in das fas entwich, so das, was nach Ausscheidung dieses Elements noch an frembartigen Keimen und Substanzen im Recht verblieb, in die Censur. Hier wie dort ward das hemmende Element nicht einfach zur Seite geschoben und damit abgethan; der römische Instinkt fand ein besseres Mittel, das Recht dagegen sicher zu stellen. Er wies jenem Element ein Feld außerhalb des Privatrechts an, wo es seine volle Befriedigung fand und eben darum nicht in Versuchung kam, sie innerhalb des Rechts und auf Kosten desselben zu suchen. Worin bestand dies Element? Die beste Antwort wird uns darauf die Censur selber ertheilen, deren eine Seite: die sittenrichterliche wir zu diesem Zweck einer Beurtheilung unterziehen wollen.[33])

Betrachten wir die Fälle, wo der Censor einzuschreiten

33) Die Verbindung dieser sittenrichterlichen Function mit der censualen ist nicht so auffällig, als es auf den ersten Blick scheinen möchte. Nach dieser letzten Seite hin hatte die Censur die Statistik der Nationalkraft zu ihrem Gegenstande; damit war die Brücke zu der andern Function geschlagen: zu der Sorge für die Erhaltung der Nationalkraft. Letztere ist aber nicht bloß finanzieller, sondern auch sittlicher Art.

pflegte.[34]) Als ſolche werden uns genannt: Meineid, Ehebruch, leichtſinnige Eheſcheidung, Eheloſigkeit, Grauſamkeit gegen Untergebene z. B. auch gegen Sklaven, Schwelgerei, Verſchwendung, ſelbſt bloßer Luxus, Zerrüttung der ökonomiſchen Verhältniſſe, unordentlicher Betrieb der Landwirthſchaft, tadelnswerthes öffentliches Auftreten z. B. Haſchen nach Volksgunſt, Neuerungsſucht, Verletzung der der Obrigkeit ſchuldigen Ehrfurcht u. ſ. w. Wie man aus dieſem Verzeichniß ſieht, beſchränkte ſich die Rüge des Cenſors nicht bloß auf eigentliche Unſittlichkeiten, ſondern ſie erſtreckte ſich auch auf Handlungen, die ſich mehr als unverſtändige denn als unſittliche bezeichnen laſſen, kurz ſolche, deren der römiſche diligens paterfamilias ſich zu enthalten pflegte. Es waren nicht bloß die Intereſſen der Moral, die der Cenſor vertrat, ſondern auch die der öffentlichen oder privaten ökonomiſchen Politik, er war der perſonificirte Kanon der Bauernmoral.

Dieſe Intereſſen meinte ich, wenn ich von einem dem Recht *fremdartigen* Element ſprach, das in der Cenſur ſeine Befriedigung gefunden habe. Es liegt mir nichts daran, wenn man mir den Ausdruck: fremdartig beſtreiten will; ich habe ihn nur gewählt, um den Gegenſatz jener Intereſſen zum Rechtsprinzip recht ſcharf hervorzuheben. Ich will nicht in Abrede ſtellen, daß in jedem Recht Beſtimmungen vorkommen, die ähnliche Zwecke verwirklichen ſollen, aber wenn letztere ſich auf dem Rechtsgebiete in den Vordergrund drängen dürften, ſo wäre es um die rechtliche Freiheit und folglich auch um das Recht ſelbſt geſchehen, denn die rechtliche Freiheit beſteht eben darin, das Sittliche und Zweckmäßige aus eigenem Antriebe zu thun.[35])

Wir haben die Cenſur früher (§. 14) als eine dem Familienprinzip entwachſene Einrichtung bezeichnet; ihr Vorbild war die Oberaufſicht, welche die Gens über ihre Mitglieder ausübte. Aber innerhalb der Gentilverfaſſung trat die Scheidung, welche in

34) S. *Jarke* Verſuch einer Darſtellung des cenſoriniſchen Strafrechts der Römer. Bonn 1824. Cap. 2.

35) S. oben S. 24, 26 und §. 30.

dem Gegenſatz der Cenſur zum Recht ihren Ausdruck gefunden hatte, noch nicht hervor. Die Gens umfaßte unterſchiedslos die geſammte ſittliche, rechtliche, politiſche und religiöſe Exiſtenz ihrer Mitglieder. Als das Privatrecht — Dank der Plebs — ſich aus den Banden des patriciſchen Familienprinzips losriß (§. 21), und das Rechtsprinzip in ſeiner ganzen Schärfe zum Durchbruch kam, ward das Gleichgewicht zwiſchen Recht und Sitte, das bisher innerhalb des Rechts ſelbſt lag, von außen durch das in der Cenſur geſchaffene Gegengewicht erhalten. Nicht dahin ſchlug jetzt die Anſicht um, als ob jene Freiheit, wie ſie das Recht proklamirte, in ihrer ganzen Zügelloſigkeit ſich geltend machen ſolle; das Temperament des Rechts, das bisher im Recht ſelbſt gelegen, ward nur nach außen hin verlegt. Nach wie vor ſollte die Ehe heilig gehalten werden, ſollte der Vater ſich der Grauſamkeiten gegen ſeine Kinder enthalten, der Eigenthümer mit Maß und mit der ſeiner Familie ſchuldigen Rückſicht ſich ſeines Eigenthums bedienen. Aber nur als ſittliche, durch das öffentliche Organ des Cenſors an ihn gerichtete Anforderung ward dieſe Erwartung ausgeſprochen; das Recht erkannte ihm die Freiheit zu, das Gegentheil zu thun. Die außerordentliche Ausdehnung, die man dieſer rechtlichen Freiheit gegeben (§. 30), zeigt das große ſittliche Selbſtvertrauen der Zeit. Man könnte darin auch umgekehrt den Beweis eines ſittlichen Indifferentismus finden wollen, allein ein Blick auf die Cenſur macht dies unmöglich, ſie ſetzt das Intereſſe, welches der Staat an der Sittlichkeit nahm, in das hellſte Licht. Wenn letzterer der rechtlichen Freiheit einen ſo ungewöhnlich weiten Spielraum anwies, ſo berechtigt dies zu dem Schluſſe, den das ältere Leben uns beſtätigt, daß er dies konnte, d. h. daß die Zeit ſittliche Kraft genug beſaß, um jene Freiheit mit Mäßigung zu benutzen, und daß der Cenſor im Stande war dem etwaigen Mißbrauch zu ſteuern. Später mußte dies durch geſetzliche Beſchränkungen geſchehen, und dieſe Verſchiedenheit des Mittels, deſſen die frühere und die ſpätere Zeit ſich zu demſelben Zweck bediente, iſt für beide gleich charakteriſtiſch.

Der poſitive Charakter der Cenſur als Beſchirmerin und Pflegerin der Sitte und ihr negativer Charakter, ihre Gegenſätzlichkeit zum Recht, iſt in der ganzen Structur des Inſtituts feſtgehalten. Das Recht iſt feſt und geſchrieben, die Sitte und das ihr zu Grunde liegende ſittliche Gefühl iſt flüſſig, und darum äußert ſich jener Trieb, der ſonſt in ſo hohem Grade in der römiſchen Welt hervortritt: der Trieb nach Feſtigkeit, Beſtimmtheit, alſo bei Normen, die im Leben zur Anwendung kamen, nach Aufzeichnung, nicht auf dem Gebiete der cenſoriſchen Sittenpolizei.[36] Warum entwickelte ſich nicht auch hier in ähnlicher Weiſe wie in der Praxis der Prätoren ein edictum perpetuum, ein officieller römiſcher Sittlichkeitscodex?[37] Daran zeigt ſich wieder der römiſche Takt, daß er hier das Weſen der freien Sitte und des individuellen Sittlichkeitsgefühls im Gegenſatz zu der Gebundenheit und Objectivität des Rechts feſtzuhalten verſtand. Er war der Verſuchung gewachſen, die in nicht geringem Grade in dem Charakter der Cenſur als einer Staatsanſtalt lag, und welcher der Geiſt des Orients erlegen wäre, der Verſuchung nämlich, die ſittlichen Grundſätze zu fixiren und zu normiren und dadurch die freie Bewegung des ſittlichen Geiſtes zu erſchweren. Die römiſche Religioſität erſtarrte, die römiſche Sittlichkeit nicht.[38]

Wie Recht und Sitte, ſo ſtehen ſich auch der Richterſpruch und das cenſoriſche Urtheil gegenüber.[39] Erſterer ſtützt ſich auf die objective Baſis des Geſetzes und wird unumſtößlich, ſowie er

36) Varro de L. L. VI. 71. Praetorium jus ad legem, censorium judicium ad aequum aestimabatur.

37) Es werden Edikte der Cenſoren erwähnt, wodurch gewiſſe Arten des Luxus unterſagt wurden, Plinius hist. natur. lib. VIII c. 77, 78, 82, lib. XIII c. 5, allein daß ſie keine Antwort auf die im Text aufgeworfene Frage enthalten, brauche ich kaum zu bemerken.

38) Daß die Religioſität und Sittlichkeit in Rom ſich gegenüberſtellen laſſen, darüber habe ich mich ſchon früher (§. 21) ausgeſprochen.

39) Cicero pro Cluentio c. 42. Majores nostri (animadversionem et auctoritatem censoriam) nunquam neque judicium nominaverunt, neque perinde ut rem judicatam observaverunt.

erlassen ist. Das Urtheil des Censors hingegen enthält den Ausdruck des subjectiven sittlichen Gefühls und ist widerruflich. Der Spruch des Richters hat rechtliche Wirkungen, der des Censors nicht. Was letzterer auch geboten und verboten haben mag, rechtlich bindet es nicht.[40]) Das Mittel, das ihm zu Gebote steht, um zu strafen oder durch Androhung desselben abzuschrecken und zu zwingen, entspricht gleichfalls dem Gesichtspunkt, der die ganze Censur beherrscht. Es besteht nicht in Vermögens-, Freiheits- oder Leibes-Strafen, sondern es ist dasselbe Mittel, vermöge dessen auch ohne Censur das öffentliche Sittlichkeitsgefühl überall gegen eine ihm zugefügte Verletzung reagirt. Die öffentliche Mißbilligung, welche die nächste Folge einer solchen Verletzung ist, gestaltet sich bei dem Censor zur nota censoria, der öffentlichen Rüge. Zu ihr gesellt sich als höchster Grad censorischer Strafe die Ausschließung aus dem politischen Kreise, dem der Schuldige angehörte: dem Senat, Ritterstande, der Tribus; sie hat gleichfalls ihr Vorbild an der factischen Ausschließung von allen freien Gemeinschaftsverhältnissen, welche die öffentliche Meinung auch ohne Uebereinkunft über den sittlich Unwürdigen zu verhängen pflegt.

Es liegt auf der Hand, daß der Gegensatz zwischen Recht und, ich will der Kürze wegen sagen, Moral, um in der Censur äußerlich zu werden, innerlich in der römischen Rechtsanschauung bereits vorhanden gewesen sein muß. Allein, wie alles Innerliche erst dadurch festen Bestand erlangt, daß es äußere Formen annimmt, wie letztere erhaltend und kräftigend auf dasselbe zurückwirken, so verhält es sich auch mit jenem Gegensatz zwischen Recht und Moral. Die äußerliche Verkörperung der Moral in der Censur hielt bei der Rechtsbildung und Rechtspflege den eigen-

40) So bedeutend auch der Einfluß des Censors, so hoch die Achtung war, deren er genoß, so würde er doch nie gewagt haben, die Prätension zu erheben, daß seinen Verfügungen rechtliche Wirksamkeit zustehen z. B. ein Kaufcontrakt über irgend einen Luxusartikel nichtig sein solle, weil er, der Censor, in seinen Edikten den Handel mit solchen Luxusartikeln verboten habe.

thümlichen Geſichtspunkt, den das Recht zu verfolgen hat, ſtets lebendig.[41]) Der Juriſt, der die Rechtsgrundſätze entwickelte und zu ihren Conſequenzen verarbeitete, der Richter, der ſie anzuwenden hatte, weder ſie kamen in Verſuchung, den moraliſchen Geſichtspunkt hineinzumiſchen, noch auch das Volk in Verſuchung, ihnen eine Rolle zuzumuthen, die durch den Cenſor hinlänglich vertreten war. Ich glaube, es iſt nicht zu viel geſagt, wenn man behauptet, daß der Cenſor weſentlich dazu beitrug, Stellung und Aufgabe des römiſchen Richters ihm ſelbſt und dem Volk verſtändlich zu machen; der Unterſchied der cenſoriſchen und der richterlichen Urtheilsfällung und damit die Rechtfertigung der letzteren war jedem Römer geläufig.[42]) Wie ungleich ſchwieriger iſt in dieſer Beziehung die Stellung des heutigen Richters; nicht bloß, daß er ſelbſt leichter in Gefahr kommt, dem moraliſchen Gefühl einen Einfluß auf die Entſcheidung zu verſtatten, ſondern die ſtrenge Feſthaltung des rechtlichen Geſichtspunktes iſt gerade das, was man ihm heutzutage ſo oft zum Vorwurf macht — ein Vorwurf, der unterbleiben würde, wenn auch wir heutzutage von dem Spruch des Richters an den des Cenſors appelliren könnten.

Eine Einrichtung der ſpätern Zeit, die mit der Cenſur eine gewiſſe Aehnlichkeit hatte, waren die geiſtlichen Gerichte des Mittelalters. Wie neben dem Prätor der Cenſor, ſo ſtanden ſie neben den weltlichen Gerichten; beide verfolgten ſelbſtändig und unabhängig ihren eigenen Weg und ihren eigenthümlichen Ge-

41) Ahrens Juriſtiſche Encyclopädie I. S. 340 erblickt gerade in dieſer ſcharfen Scheidung beider Sphären einen Mangel, den das germaniſche Recht glücklich genug geweſen ſei vermieden zu haben. Es hängt dies mit der geſammten Rechtsauffaſſung der Krauſe'ſchen Schule zuſammen, die meiner Anſicht nach dem ſpezifiſch rechtlichen und juriſtiſchen Moment viel zu wenig gerecht wird.

42) S. z. B. in dem Rechtsfall bei Gellius XIV 2 § 8 die Argumentation des Beklagten: quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud judicem privatum agi, non apud censores de moribus.

sichtspunkt: den der sittlichen Reinheit der Gemeinschaft, nur beim Censor mit mehr politischer, bei den geistlichen Gerichten mit mehr religiöser Färbung. Beide hatten als äußerstes Strafmittel die Ausschließung aus der (politischen, religiösen) Gemeinschaft. Beide vermittelten das abstracte Recht mit den Anforderungen der Sitte und des sittlichen Gefühls. Auch darin trifft dieser Vergleich zu, daß mit dem Verfall beider Anstalten das Recht, da es jetzt sein äußeres Gegengewicht verlor, sich in sich selbst verändern und manche von den Grundsätzen aufnehmen mußte, die früher durch jene Anstalten zur Anwendung gebracht worden waren. Diese mit dem Verfall der Censur eintretende Aenderung im römischen Rechte gehört dem dritten Systeme an und wird dort erörtert werden, aber es mag schon hier die Bemerkung Statt finden, daß die Festigkeit und Klarheit des Rechts nicht dadurch beeinträchtigt wurde. Der Krystallisationsprozeß desselben war beendet; was während desselben hätte schädlich wirken können, vermochte dies nachher nicht mehr; mochte man jetzt auch die strenge Absperrung des Rechts aufheben und dem sittlichen Element Eingang verstatten, wohin letzteres auch drang, es fand feste, scharfe Formen vor, die sich nicht mehr auflösen ließen.

In der Censur offenbarte sich jener Gegensatz zwischen Recht und Moral, der im römischen Sittlichkeitsgefühl bestand. Was war aber der Grund dieses Gegensatzes? Worin lag das constitutive Prinzip des Rechts? Als solches erscheint mir das subjective Prinzip, wie ich es seinen ursprünglichen Keimen nach bereits früher (§. 10—12) geschildert habe und in seiner genaueren Gestaltung in diesem Buche vorführen werde. Die subjective Rechtssphäre eine That und Production des Individuums und darum lediglich seiner Autonomie anheimgestellt, die Unstatthaftigkeit aller Eingriffe in dieselbe gegen den Willen des Berechtigten, sei es von Seiten Einzelner, sei es von Seiten des Staats — das war die Quintessenz des römischen Rechtsgefühls. Die XII Tafeln hatten diese Autonomie in ihrer doppelten Richtung auf Geschäfte unter Lebenden und auf letztwillige Verfügungen ausdrücklich an-

erkannt, und Jahrhunderte lang betrachtete man dieſes Anerkenntniß als eine unantaſtbare Errungenſchaft. So hatte das römiſche Gefühl einen beſtimmten Maßſtab in ſich, was rechtliche, was ſittliche Pflicht ſei; als erſtere galt nur die, welche man durch eigene That und in rechtlicher Form übernommen hatte. Und dieſe Form, in der ein ſo leichtes Kriterium alles Rechtlichen lag, war in ſo hohem Grade ausgebildet, daß das Rechtsgebiet wie durch ſein materielles Prinzip, ſo auch durch ſeine formelle Aeußerlichkeit den unverkennbarſten Gegenſatz zu dem Reich der ſittlichen Pflichten bildete. Wenn ein Römer eine Handlung vornahm z. B. ein Verſprechen ablegte, ſo war er ſich ſtets bewußt, auf welchem von beiden Gebieten er ſich bewegte. Ein juriſtiſch und moraliſch bindendes Verſprechen, wie weit lagen ſie in der Vorſtellung der Römer auseinander, wie fließen ſie in unſerer heutigen Auffaſſung ineinander über! Hat man doch für beide ein und daſſelbe Prinzip aufgeſtellt: ein gegebenes Verſprechen müſſe gehalten werden. Heutzutage iſt es möglich, daß Jemand etwas verſpricht, ohne ſich darüber klar zu ſein, ob er ſich rechtlich oder bloß moraliſch binden wolle, das Gebiet des Rechtlichen und Moraliſchen iſt heutzutage nicht durch beſtimmte äußerlich erkennbare Gränzen geſchieden, die den Uebergang von dem einen Gebiet zum andern nothwendigerweiſe ins Bewußtſein bringen. Bei den Römern hingegen lagen dieſe Gebiete weit auseinander, ihnen war der Gegenſatz zwiſchen Recht und Moral im Ganzen ſowohl wie in ſeiner Erſtreckung und Anwendung auf die kleinſten Lebensverhältniſſe geläufig und ſtets gegenwärtig, ſie konnten nie in Verſuchung kommen, eine ſittliche Pflicht klageweis geltend zu machen oder ſich mit einer moraliſchen Verpflichtung abfinden zu laſſen, wo ſie eine juriſtiſche hatten begründen wollen.

Zu der Anſicht, von der wir hier ausgegangen ſind, daß nämlich das altrömiſche Recht ſeinen Grund in ſich ſelber getragen habe, ſteht eine neuerdings ausgeſprochene Behauptung[43]) im entſchiedenſten

43) C. A. Schmidt in ſeiner (zur Zeit und nicht mit Unrecht nahezu verſchollenen) Schrift: Der prinzipielle Unterſchied zwiſchen dem

Gegensatz, die Behauptung nämlich, „daß nach römischer Ansicht der Wille des Volkes als einziger Grund des Rechts gegolten habe, der Gedanke aber, daß es *über* dem Willen des Volks noch eine diesen Willen beherrschende sittliche Potenz gebe, den römischen Juristen völlig fremd gewesen sei." Wenn zum Beweise dieser Behauptung darauf verwiesen wird, daß die römischen Juristen das Recht als Product des Volkswillens bezeichneten, daß sie die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechts auf die stillschweigende Einwilligung des Volks stützten, daß es dieselben wenig interessirt habe, was das Volk getrieben habe, sein Recht so oder so zu gestalten, so läßt sich darauf einfach erwidern: ob denn die Juristen, wenn sie den Begriff des Gesetzes, Gewohnheitsrechts u. s. w. angeben wollten, sich auf eine speculative Untersuchung über die letzten Gründe des Rechts hätten einlassen sollen, und ob denn nicht in der ganzen Welt der *juristische* Grund der Gültigkeit des *positiven* Rechts darin liegt, daß es Wille dieses Staats ist, diese Gültigkeit nicht aber davon abhängt, ob das Gesetz den subjectiven Vorstellungen des Richters von Sittlichkeit u. s. w. entspricht. Daß aber die Römer, wenn sie auch den Willen des Volks als formalen Grund der Gültigkeit der Gesetze bezeichneten und bezeichnen mußten, dennoch nicht diesen Volkswillen d. h. die Willkür als Prinzip des Rechts ansahen, nicht der Ansicht waren,

römischen und germanischen Rechte. Rostock und Schwerin 1853. S. 66, 67. Es ist vielleicht selten ein verkehrteres Urtheil über das römische Recht gefällt, und bedürfte es für mich einer Rechtfertigung meines ganzen Unternehmens, ich würde sie schon darin finden können, daß heutzutage noch solche Urtheile möglich sind. Daß sie möglich sind, ist insofern Schuld der Wissenschaft, als sie diese und ähnliche allgemeinere Fragen bisher gar nicht zu berühren pflegte, wenn ich gleich damit den genannten Schriftsteller nicht von aller Schuld frei sprechen will, denn so schwer fällt es in der That nicht sich aus den Quellen über diese Fragen zu belehren, und bei einer solchen Fundamentalfrage hätte das römische Recht dies wohl von ihm erwarten können. — Es ist mir erfreulich, jetzt (seit der zweiten Auflage) auf die Zustimmung verweisen zu können, welche die im Text vertheidigte Ansicht bei *Ahrens* Jurist. Encyclopädie I S. 350—352 (1855) und *Röder* Grundgedanken und Bedeutung des röm. und germ. Rechts S. 72 fl. (1855) gefunden hat.

„daß das Recht erſt im Staate durch das Geſetz entſtehe,“ läßt ſich bis zur Evidenz nachweiſen. Zuerſt erinnere ich an das Fas, das in dem Willen der Götter ſeinen Grund hatte und dem Prinzip nach der Volksſouveränetät eine unüberſteigliche Schranke entgegenſetzte. Sodann aber: ſtützte ſich nicht auch das Jus wie alles, was im römiſchen Staat beſtand und geſchah, wenigſtens auf die Zuſtimmung der Götter, wenn es auch den Willen des Volks zu ſeinem Inhalt hatte? Man nenne immerhin die Einholung der Zuſtimmung der Götter durch die Auſpicien eine leere Formalität, durch die das Volk ſich in ſeinem materiellen Wollen nicht beſchränkt finden konnte, der Idee nach iſt damit wenigſtens die Unterordnung des Volkswillens unter den göttlichen anerkannt, und auch in der Praxis hat ſich derſelbe nicht ſelten dem durch Zeichen kund gegebenen Willen der Götter fügen müſſen. Das ganze erſte Buch der Schrift von Cicero über die Geſetze iſt der Ausführung des Gedankens gewidmet, daß der bloße Volkswille, wenn auch Form, ſo doch nicht Prinzip des Rechts ſei,[44]) und ſeine Reden[45]) enthalten eine Reihe ſchwungvoller Ergüſſe, in denen er für das Recht des Subjects gegenüber dem ſouveränen Volksbelieben in die Schranken tritt.[46])

44) Cic. de leg. I. 16: Quod si populorum jussis ... jura constituerentur, jus esset latrocinari, jus adulterare, ... si haec suffragiis aut scitis multitudinis probarentur. S. auch daſelbſt II. 4, 5.

45) Cic. pro Caecina c. 33: Sed quaero abs te, putesne si populus jusserit, me tuum aut item te meum servum esse, id jussum ratum atque firmum futurum? Perspicis hoc nihil esse. Primum illud concedis: non quidquid populus jusserit, ratum esse oportere; pro Balbo c. 13: O jura praeclara atque divinitus jam inde a principio Romani nominis a majoribus nostris comparata, ne quis ... invitus civitate mutetur, neve in civitate maneat invitus. Haec sunt enim fundamenta firmissima nostrae libertatis, sui quemque juris et retinendi et dimittendi esse dominum; pro domo c. 30: majores nostri ... de civitate et libertate ea jura sanxerunt, quae nec vis temporum, nec potentia magistratuum, nec res judicata, nec denique universi populi Romani potestas, quae ceteris in rebus est maxima, labefactare possit.

46) Aus der Clauſel der Geſetze: si quid jus non sit rogari, ejus hac

Aber ganz abgesehen von solchen Aussprüchen der Römer selbst bedarf es nur eines Blickes auf das subjective Prinzip (§. 10—12), um sich von der Irrigkeit der obigen Behauptung zu überzeugen. In welchem Umfange sich dies Prinzip praktisch bethätigen durfte, hing allerdings von der Gesetzgebung ab, es existirte praktisch nicht weiter, als die Gesetzgebung es anerkannt hatte, aber so wenig der Richterspruch darum als Grund und Quelle des durch denselben festgestellten subjectiven Rechts gilt, weil letzteres nicht weiter besteht, als es rechtskräftig anerkannt ist, ebensowenig läßt sich aus demselben Grunde die gesetzgebende Gewalt des römischen Volks als Grund des Rechts bezeichnen.[47]) Nicht das war die römische Vorstellung, als ob das Recht erst mit dem Staat und der Gesetzgebung in die Welt gekommen; nicht weil es Gesetz, war es Recht, sondern weil es Recht, war es Gesetz. Das concrete wie das abstracte Recht verdankt dem Gesetz nicht seine Existenz, sondern bloß seine formelle Anerkennung.[48]) Das ältere Privatrecht, aus dem die Ursprünglichkeit, Selbständigkeit, Energie und der Trotz des individuellen Rechtsgefühls uns von allen Seiten anschaut, und jene moderne Idee, die ihm untergelegt werden soll — in der That es kann kaum schneidendere Gegensätze geben, und ein alter Römer würde diese ihm angedichtete Vorstellung, als wenn er sein Recht lediglich dem Staat verdanke, als ob die Rechtsgrundsätze, die einem Römer nicht minder hoch und theuer waren als andern Völkern die religiösen Glaubenssätze, ein Gegenstand des bloßen Volksbeliebens seien

---

lege nihilum rogatum, der ich in der ersten Auflage ein Argument für die obige Ansicht entlehnt hatte, läßt sich nichts entnehmen, s. darüber III 224.

47) Bei der Theorie der subjectiven Rechte werde ich die Frage von dem Grunde des Rechts im subjectiven Sinn aufwerfen und nachweisen (§. 63, 64), daß er nach Ansicht der Römer im Subject selber gelegen war.

48) Man vergleiche z. B. die bekannte Stelle bei Cicero pro Caecina c. 26: fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur.

— willkürlich eingeführt, willkürlich wieder aufzuheben — als den Einfall eines Mannes bezeichnet haben, der nie auf römiſchem Grund und Boden gelebt und nie von römiſcher Geſinnungsweiſe etwas erfahren habe.

3. Selbſterhaltungs- und Erweiterungstrieb des geſchriebenen Rechts.

Dauerhaftigkeit des Rechts der Zwölf Tafeln — Gründe dieſer Erſcheinung — Inneres Leben des Geſetzes — die alte Interpretatio.

Antiquitas patrona auctoritatis legum.
Baco a Verulam.

XXVII. Das Geſetz bleibt, das Leben ſchreitet weiter. Wenn beide ſich von vornherein auch noch ſo ſehr im Einklang befanden, es kommt der Moment, wo dieſe Eintracht aufhört, wo das Geſetz als unbequem oder läſtig empfunden wird. Was thun? Wer wird darauf nicht antworten: das Geſetz beſeitigen und ein neues paſſenderes erlaſſen? Es gibt aber noch eine andere Antwort darauf: das Geſetz behalten und die Unbequemlichkeiten auf andere Weiſe beſeitigen oder verringern, ſonſt aber ſie ertragen, und für dieſe Antwort entſchied ſich das römiſche Volk. Warum?

Das Verhältniß des Volks zu ſeinem Recht iſt gleich der Ehe. Wo eine wirkliche Liebe vorhanden iſt, wird die Ehe nicht beim erſten Zerwürfniß getrennt; nur da, wo das Verhältniß ein äußerliches war, folgt der Entzweiung leicht die Scheidung. Ein Volk, dem das Recht nicht äußerlich angetraut iſt durch die Gewalt, ſondern welches ſich daſſelbe ſelber erkoren und vielleicht mit ſchweren, blutigen Kämpfen hat erringen müſſen, ein ſolches Volk erblickt in ſeinem Recht ein koſtbares, werthvolles Gut, das es nicht leichtſinnig opfert, ſobald es nicht allen ſeinen Wünſchen mehr entſpricht. Und dieſe Treue und Ausdauer macht ſich bezahlt, ſie ärndtet ihren Lohn in dem Zuwachs an moraliſcher Kraft, den ſchon das bloße Alter dem Geſetze verleiht. Es iſt ein ganz anderes Ding um Geſetze, die wir ſelber haben entſtehen ſehen,

vielleicht mit machen helfen, und um ſolche, die wie ein ehrwürdiges Stück Geſchichte unſeres Volkes aus ferner Vergangenheit in die Gegenwart hineinragen. Die Pietät ſtellt ſich erſt beim Enkel ein, [49]) die Pietät bekleidet das Geſetz mit einer Weihe, die ſelbſt der Willkür imponirt. Nur da gelangt das Geſetz zu ſeiner wahren Kraft, wo die Geſetze alt werden. Wo im raſchen Wechſel ein Geſetz das andere drängt, geht mit dem Anſehn der Geſetze auch die Macht des Geſetzes unter.

Die Zwölf Tafeln, welche die Grundlage des gegenwärtigen Syſtems bilden, liefern uns für das Geſagte ein lehrreiches Beiſpiel. Die Dauerhaftigkeit des Geſetzes im allgemeinen iſt ſo bekannt, daß ich darüber nichts zu bemerken brauche. [50]) Dagegen fordern aber die Gründe dieſer Dauerhaftigkeit ſo wie die Bedeutung, die ſie für die Entwicklung des römiſchen Rechts hat, um ſo mehr zu einem nähern Eingehen auf.

Was jene Gründe betrifft, ſo kamen zu derjenigen Eigenſchaft des römiſchen Volks, die den allgemeinen Grund für die Dauerhaftigkeit der römiſchen Rechtseinrichtungen überhaupt bildet, ſeiner conſervativen Tendenz (I. §. 20), noch ganz beſondere Gründe hinzu, die ſich nur oder vorzugsweiſe auf das Zwölftafeln-Geſetz bezogen und demſelben gleich von vornherein eine große Feſtigkeit verliehen. Zuerſt die Art ſeiner Entſtehung. Für die phyſiſche wie die moraliſche Welt gilt gleichmäßig der Satz, daß das mit Schmerzen Geborene einen ganz andern Werth für uns hat, als

---

49) Aus den Mortalitätstabellen und der mittleren Lebensdauer der Geſetze ließe ſich alſo, von beſonderen Verhältniſſen abgeſehen, ein Schluß auf die moraliſche, dem Recht zu dieſer Zeit innewohnende Kraft machen — für unſer heutiges Verfaſſungsleben dürfte er ſchwerlich verkehrt ſein!

50) Livius ſagt in der bekannten Stelle III. 34 von dieſem Geſetz: qui nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatique est juris. Noch zu Cicero's Jugendzeit pflegten die Knaben die Zwölf Tafeln auswendig zu lernen (de legib. II. 23), und die klaſſiſchen Juriſten ſchrieben noch zwei Jahrhunderte ſpäter Commentare zu denſelben.

das leicht Gewonnene.[50a]) Ueber das Schickſal der Geſetze entſcheidet nicht immer ihr *Inhalt*, ſondern auch ihre *Entſtehungsweiſe*, nicht bloß die Mühelosigkeit oder Mühſamkeit derſelben, — was uns hier allerdings allein intereſſirt — ſondern ihre Entſtehungsweiſe überhaupt; auch für die Geſetze gibt es glückliche und unglückliche Sterne, unter denen ſie geboren werden, und der Beruf des Geſetzgebers bewährt ſich nicht bloß daran, die rechte *Saat*, ſondern auch die rechte *Zeit* der Ausſaat zu treffen.

Das Zwölftafeln-Geſetz war ein mühſam errungenes Gut, das auch das ſpätere Geſchlecht an die Kämpfe erinnerte, die es gekoſtet, ſo wie an den Werth, den man auf die Erlangung deſſelben gelegt hatte. Es war aber nicht bloß ein Geſetz, eine Summe von *Rechtsſätzen*, ſondern die Rechtsſätze waren zugleich *Rechte* im *ſubjectiven* Sinn, das Geſetz war die *Magna Charta*, der Freibrief der Plebs, die eiferſüchtige Aufrechthaltung und Bewachung deſſelben nicht bloß eine Sache des Standes*intereſſes*, ſondern auch der Standes*ehre*.

Für das abſtracte, in beziehungsloſer Allgemeinheit auftretende Geſetz, für die bloße Rechtsregel erwärmt ſich Niemand, vergießt Niemand ſein Blut, aber in unſeren *Rechten* ſteckt unſere Perſon und unſere Ehre, wird ſie verletzt, mißhandelt, behauptet. Wo das Recht nicht, wie bei den Völkern des Orients, ſeine Feſtigkeit und Kraft der göttlichen Weihe entnimmt, iſt die Form der Erwerbung und Schätzung deſſelben als eines *ſubjectiven* Rechts dieſes Standes,[50b]) Volks (Privilegien, Freiheiten u. ſ. w.)

50a) Weiter ausgeführt in meinem Kampf ums Recht, Aufl. 5. S. 12. 13.

50b) In Rom erſtreckte ſich dies ſelbſt auf die Familie oder die Gens in Bezug auf die von einem Mitgliede derſelben zu irgend einer Zeit beantragten und erwirkten Geſetze, man vergleiche z. B. die Aeußerung von Liv. V. 11 Fors ita tulit, ut eo anno tribunus plebis Cn. Trebonius esset, qui *nomini ac familiae debitum praestare* videretur Treboniae legis *patrocinium*; gewiſſen Familien war durch eine derartige hervorragende That eines ihrer Ahnherren geradezu eine Art von Hauspolitik vorgezeichnet.

weitaus die wirksamste; die Rechtsgeschichte aller abendländischen Völker liefert uns Beispiele in Menge dafür.

So auch Rom in seinem XII Tafeln-Gesetz. Die Festigkeit und Unantastbarkeit, die das Gesetz den angegebenen Umständen verdankte, artete aber keineswegs in Stagnation aus, das Gesetz blieb Jahrhunderte lang die Grundlage des ganzen Privatrechts und Civilprozesses,[51]) allein ohne die Fortbildung des Rechts durch Doctrin und Praxis auszuschließen.

Das Recht, das sich auf diesem Wege einer freien Entwickelung des Zwölftafeln-Gesetzes bildete, nennen die Römer jus civile im engern Sinn, die Mitwirkung der Juristen bei diesem Werke interpretatio. Es war nicht eine bloße Auslegung des Gesetzes, sondern, wie dies der Name selber andeutet (interpres Vermittler, Unterhändler), eine Vermittelung zwischen dem geschriebenen Recht und dem Leben. Also die Zurichtung des Rechts zum Zweck der gerichtlichen Geltendmachung: die prozessualische Formulirung; die Verarbeitung desselben zum Zweck des Verkehrs: die Ausarbeitung von Formularen für Contracte, Rechtsgeschäfte, letztwillige Dispositionen aller Art, die Entdeckung von Mitteln und Wegen, um rechtliche Zwecke, deren unmittelbare Verfolgung hätte zweifelhaft sein können, auf indirecte Weise möglich zu machen. Durch die Anerkennung des Prinzips der Autonomie in ihren drei Hauptrichtungen: auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden,[52]) auf letztwillige Verfügungen[53]) und auf das Associationswesen[54]) hatte das Gesetz der freien Bewegung des Verkehrs von vornherein einen weiten Spielraum geöffnet, und die Jurisprudenz sorgte

51) Die staatsrechtlichen Bestimmungen der XII Tafeln wurden durch die spätern Fortschritte der Plebs bald antiquirt.

52) Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.

53) Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.

54) L. 4 de colleg. (47. 22). Gajus Lib. 4 ad leg. XII tab. Sodales sunt, qui ejusdem collegii sunt, quam Graeci ἑταιρίαν vocant. His autem potestatem facit lex pactionem, quam velint, sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.

dafür, daß dieſe Bewegung ſich nicht in's Formloſe verlief, ſondern daß ſie in feſte Bahnen gelenkt wurde (§. 42). Aber auch bei der eigentlichen Interpretation der Beſtimmungen des Geſetzes wußte die Jurisprudenz dem fortgeſchrittenen Bedürfniß des Lebens gerecht zu werden, das Geſetz auf der Höhe der Zeit zu erhalten. Der Verlauf der Darſtellung wird uns Gelegenheit geben (§. 44), den Charakter der altrömiſchen Interpretation genauer kennen zu lernen und uns zu überzeugen, daß die Jurisprudenz es keineswegs als ihre Aufgabe anſah, ſich den Worten des Geſetzes ſklaviſch unterzuordnen, ſondern daſſelbe zu ergänzen, fortzubilden und über ſich ſelbſt hinaus zu führen. Es fehlt nicht an Beiſpielen, daß die Juriſten in Widerſpruch mit den Worten des Geſetzes neue im Lauf der Zeiten nothwendig gewordene Rechtsſätze einführten[55]) oder von hergebrachten Interpretationen, wenn ſie nicht mehr paßten, abgingen,[56]) der analogen Erweiterung der Beſtimmungen des Geſetzes ganz zu geſchweigen.[57]) Kurz das Geſetz war kein todter Buchſtabe, der die Gegenwart gewaltſam auf dem Standpunkt der Vergangenheit feſthielt, ſondern es war eine lebendige Macht, die mit der Zeit gleichen Schritt hielt. Wer wie Cicero einige Jahrhunderte ſpäter den majeſtätiſchen Baum vor Augen hatte, den die Jurisprudenz aus dem ſchwachen Reis gezogen hatte, mochte ſich der Täuſchung hingeben, als habe auf

55) Ich erinnere z. B. an die Einſchränkung des agnatiſchen Erbrechts der Weiber auf den Grad der consanguineae Gaj. III. §. 14, 23. Ulpian. XXVI. 6. Paul. sent. rec. IV. 8. §. 22: ... idque jure civili vocoiana ratione videtur effectum; ceterum lex XII tabularum nulla discretione sexus cognatos admittit. S. auch l. 120 de V. S. (50. 16) Verbis legis XII tabularum ..... latissima potestas tributa videtur ... sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium.

56) So z. B. bei der usucapio pro herede (Gaj. II. §. 54: ..olim ipsae hereditates usucapi credebantur ... postea creditum est, ipsas hereditates usucapi non posse), hinſichtlich der Annahme eines furtum an unbeweglichen Sachen, hinſichtlich der Auslegung des Verbots der Uſucapion von res furtivae.

57) z. B. die Berufung des Patrons zur Tutel. Ulp. XI. 3.

Erben nie etwas so Vollendetes das Licht der Welt erblickt als die XII Tafeln-Gesetzgebung[58]) — er sah nur was sie geworden, nicht was sie ursprünglich war.

4. Sicherheit und Unabhängigkeit der Verwirklichung des Rechts.

Der Grundsatz der Unverletzlichkeit der jura quaesita — die Unabhängigkeit der Justiz, innere und äußere — Verhältniß der Polizei und der Verwaltung zur Justiz.

> Majores nostri admirabili aequitate ne ea quidem eripuere privatis, quae ad modum publicum pertinebant, ... ut in suis finibus proprium jus tam res publica quam privata haberent.
> Frontinus de aquaed. c. 128.

XXVIII. Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß drei für das gedeihliche Wachsthum des Rechts ungemein wichtige Momente bei dem ältern römischen Privatrecht zusammentrafen: die frühzeitige Codification, die dasselbe zur Selbständigkeit in der Form erhob, die Ausscheidung der dem Fas und der Censur zufallenden Zwecke und Aufgaben, welche ihm die Selbständigkeit der begrifflichen Entwickelung, die Möglichkeit der reinen Ausbildung des privatrechtlichen Prinzips gewährte, und endlich der Charakter der Unantastbarkeit des XII Tafeln-Gesetzes, welcher ihm während mehrerer Jahrhunderte eine unverrückbare, feste Grundlage sicherte. Aber die Selbständigkeit des Rechts beruht nicht bloß darauf, daß sein inneres Wesen im Gegensatz zu ver-

58) Cic. de orat. I. c. 44: Bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare ..... Quantum praestiterint nostri majores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intelligetis, si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis. Incredibile est enim, quam sit omne jus civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum.

wandten Gebieten nach Form und Inhalt richtig erkannt und dargeſtellt werde; das Recht iſt dazu da, daß es ſich verwirkliche, und nur dort iſt es zu ſeiner Selbſtändigkeit gelangt, wo es dieſe Wirkung im vollen Umfang ausübt, wo es herrſcht. Herrſchaft des Rechts iſt Ueberwindung des Widerſtandes, den das Unrecht ihm entgegenſetzt, dieſe Ueberwindung aber iſt bedingt durch das Uebergewicht der äußern Gewalt, alſo dadurch, daß dieſes Uebergewicht ſich ſtets auf Seiten des Rechts befinde. Es iſt Aufgabe des Staats, ſich innerhalb ſeines Gebietes daſſelbe zu verſchaffen und es ſtets in die Wagſchale des Rechts zu werfen. Im entwickelten Staatsleben iſt die erſtere Aufgabe gelöſt, die Garantie für die Erfüllung der zweiten hängt von der Energie und Empfindlichkeit des nationalen Rechtsgefühls ab. Wo das Recht keine innere Macht beſitzt, hat es auch keine äußere; nur hier darf die Staatsgewalt es wagen, ungeſtraft dem Rechte Hohn zu bieten.

In Rom durfte ſie es nicht. Zwei Verſuche waren gemacht, aber ſie endeten mit dem Sturz der Schuldigen. Die Vertreibung der Könige und der Decemvirn lehrte die Machthaber, was es auf ſich hatte, in Rom das Recht mit Füßen zu treten. Hart, grauſam, roh, wenn es die Formen des Rechts für ſich, und umgekehrt ſich willig der Härte und Strenge fügend, wenn es ſie gegen ſich hatte, war das römiſche Gefühl gegen eine formelle Verletzung des Rechts im äußerſten Grade empfindlich. Bei Anblick des Schuldners, der als Sklave in die Fremde verkauft ward, blieb das römiſche Herz kalt, Niemand rührte ſich für ihn, aber eine Unbill, die ein Gläubiger widerrechtlicher Weiſe ſich gegen ſeinen Schuldknecht erlaubt hatte, beſchwor einen Aufſtand herauf, der nur durch eine gänzliche Umgeſtaltung des Schuldrechts zu dämpfen war,[59]) und als in ſpäterer Zeit ein Prätor auf die Idee kam, ein altes, längſt in Vergeſſenheit gerathenes Geſetz hervorzuziehen, um die Beitreibung geſchuldeter Zinſen zu vereiteln, fand er ſeinen Tod auf dem Tribunal.[60]) Wenn irgend-

59) Liv. 8, 28.

60) Das Weitere IV §. 52 Note 153.

wo die formale Selbständigkeit des Rechts: seine ungehemmte, rücksichtslose Verwirklichung (S. 20) eine Wahrheit gewesen ist, so war sie es an demselben Ort und zu derselben Zeit, wo auch die begriffliche Selbständigkeit desselben zur höchsten Entfaltung gediehen ist: zu Rom in der Blüthezeit der Republik. Es ist etwas Hohes und Herrliches um diese rücksichtslose Verwirklichung des Rechts; wenn alle Güter geopfert, die stärksten Triebe, Gefühle und Rücksichten überwunden werden, damit das Recht triumphire. Von einem solchen Heroismus der Selbstverläugnung im Dienst des Rechts hatte beim Beginn der Republik Brutus ein in der römischen Erinnerung unvergänglich fortlebendes Beispiel gegeben. Neben dem Bilde des vertriebenen Königs, der nicht verstanden, seine Kinder die Gebote des Rechts zu lehren, und der sein und der Seinigen Vergehen mit Verbannung und Elend büßte, stand Brutus, der Märtyrer des Rechts, mit dem vom Blut der eigenen Söhne triefenden Beile — ein Titelblatt zur Geschichte der römischen Republik, wie es zur Bezeichnung des Geistes, der sie in Bezug auf das Recht beseelte, nicht besser hätte gegeben werden können — das Programm der kommenden Zeit.

Und doch! — das Titelblatt scheint nicht zu passen! Der römische Staat ist öfter dem Programm untreu geworden. Oder war es nicht eine Verläugnung desselben, wenn er sich erlaubte, zu Gunsten der unter ihrer Schuldenlast seufzenden Masse durch novae tabulae die Gläubiger in ihren Ansprüchen zu verkürzen? Um darauf eine Antwort zu ertheilen, werden wir genöthigt sein, eine Frage aufzuwerfen, die wir im Bisherigen als sich von selbst verstehend vorausgesetzt haben, nämlich: ob denn die rücksichtslose Verwirklichung der Rechte das letzte und höchste Postulat der Rechtsidee sei, oder ob es nicht über demselben noch ein höheres gebe, dem jenes, sobald beide mit einander in Conflict gerathen, zu weichen habe?

Für alle Völker, welche die persönliche Unfreiheit sei es in Form der Sklaverei sei es in der der Leibeigenschaft kennen oder gekannt haben, kommt eine Zeit, wo sie der Rechtswidrigkeit der-

ſelben inne werden und ſich in ihrem Gewiſſen verpflichtet fühlen, ihr ein Ende zu machen. Dürfte die Geſetzgebung keine beſtehenden Rechte aufheben, ſie müßte den Widerſpruch des Einzelnen, der ſich der Aufhebung der Sklaverei oder Leibeigenſchaft ſelbſt um den Preis voller Entſchädigung widerſetzt, reſpectiren —; die Hartnäckigkeit einzelner Individuen könnte ein Inſtitut verewigen, das die allgemeine Stimme als frevelhaft, als fluchwürdig verdammt hat. Entſpricht eine ſolche Achtung beſtehender Rechte der Idee des Rechts? Im Gegentheil, ſie enthält eine Verſündigung gegen dieſelbe! Denn die Idee des Rechts verlangt, daß das Unrecht, wenn es als ſolches erkannt iſt, ausgerottet werde. Heißt es aber das Unrecht ausrotten, wenn man bloß die Rechts*ſätze* der Vergangenheit aufhebt, dagegen die Rechts*verhältniſſe*, in denen ſie ſich verwirklicht haben, fortbeſtehen läßt? Aber ſie ſind doch „wohlerworbene Rechte.“ Gewiß, aber darum doch keine *ewige*! Oder vermöchte die Vergangenheit rückſichtlich der *Rechte*, was ſie rückſichtlich der *Rechtsſätze* nicht vermag: ihnen ein Anrecht auf die Ewigkeit gewähren? Iſt die Gegenwart, die ſich losſagt von den *Satzungen* der Vergangenheit, verdammt, die *Saat*, die daraus hervorgegangen, wuchern zu laſſen? Nein! Dieſe Rechte ſind für ſie keine *Rechte* mehr, ſie tragen nur die äußere Hülle eines Rechts an ſich — todte Larven, aus denen das Leben wich, als die Anſichten, denen ſie ihr Leben verdankten, dem Verdammungsurtheil der Geſchichte verfielen. Für ſie die Heiligkeit des Rechts anrufen heißt dieſelbe mit Füßen treten, ſie mißbrauchen, um das Unrecht zu ſtützen. Ohne Aufhebung beſtehender Rechte (ob mit oder ohne Entſchädigung, ſteht hier nicht zur Frage) iſt der Fortſchritt des Rechts ſelber nicht denkbar — das Recht iſt der Saturn, der ſeine eigenen Kinder verſpeiſt.[60a])

60a) Ueber dieſen Conflict der Vergangenheit des Rechts d. h. der auf Grund deſſelben entſtandenen Rechte mit dem werdenden Recht ſ. auch meinen Kampf um's Recht Aufl. 5 S. 6—9.

Aber nicht bloß solche innerlich abgestorbenen Rechte darf und soll der Staat ausrotten; es kann Lagen für ihn geben, in denen er genöthigt und darum berechtigt ist, der Erhaltung des Ganzen ein Recht des Einzelnen, das er selber als wohlbegründet und schutzwürdig anerkennt, zum Opfer zu bringen. Wo es gilt, das Schiff zu retten, wirft der Schiffer die Waaren über Bord; wenn das Leben in Gefahr ist, wird ein Glied geopfert. Und so darf und muß auch die Staatsgewalt, wenn das Heil des Ganzen auf dem Spiele steht, mit den Rechten der Einzelnen sich ein Gleiches erlauben. Das ist nicht sowohl das Gesetz der äußern Noth, sondern es ist ein in der Aufgabe des Staats und der Stellung des Einzelnen zum Gemeinwesen begründetes Recht. Das Opfer an dem Eigenthum, das der Staat dem Einzelnen zumuthet, steht nicht höher als das seines Lebens, das er gegen den äußern Feind in Anspruch nimmt. Daß er ihn für ersteres zu entschädigen hat, ist ein Gebot der Gerechtigkeit, aber die Befugniß selber darf dem Staat nicht bestritten werden, denn von den beiden Pflichten, welche er zu erfüllen hat: der Sicherung und Erhaltung des Einzelnen und der der Gesammtheit ist letztere die höhere, der in einem Conflictsfall erstere sich unterzuordnen hat.

Kehren wir zum altrömischen Rechte zurück. Werfen wir die Frage auf, ob das römische Volk, wie man behauptet hat (Note 43), in Wirklichkeit der Ansicht gewesen, daß es keine Rechte der Einzelnen zu respectiren brauche, so lautet die Antwort, welche die Geschichte ertheilt, gerade entgegengesetzt. Der Zug der Achtung, der ängstlichsten Schonung der Privatrechte bethätigt sich überall. Mit bloßen Aussprüchen über die Unverletzlichkeit der Privatrechte ist die Frage nicht abgethan,[61]) es kommt

61) Schweppe Das römische Privatrecht I. §. 1 hat, um zu beweisen, „daß die Schonung wohlerworbener Rechte von Seiten des Staats schon von den Römern als gegründet anerkannt worden sei" einzelne Aussprüche der Quellen zusammengestellt, die aber wenig in's Gewicht fallen. Einen wunderlichen Contrast dazu bildet es, wenn derselbe Schriftsteller in einem andern Werk, in seiner Rechtsgeschichte §. 156 lehrt: in Hinsicht des Umfangs sei die

vielmehr auf die thatſächliche Anerkennung dieſes Grundſatzes an. Dafür aber bieten ſich Belege in Fülle, und ich kann nicht unterlaſſen, da der Gegenſtand meines Wiſſens kaum der Aufmerkſamkeit gewürdigt worden iſt, einige derſelben zuſammen zu ſtellen.

In der Zeit der Noth kam es vor, daß der Staat auch Sklaven unter die Fahnen rief, aber die Eigenthümer bekamen für ſie den vollen Preis.[62]) Ebenſo wenn ein Sklav, der ſich um das Gemeinweſen z. B. durch Anzeige von Verſchwörungen verdient gemacht hatte, zur Belohnung von Staatswegen die Freiheit erhielt.[63]) Dem Finder der angeblichen Bücher des Numa, welche der Senat zu verbrennen beſchloß, ward eine Entſchädigung angeboten.[64]) Die Expropriation des zum Bau öffentlicher Straßen und Werke erforderlichen Baumaterials erfolgte vorſchriftsmäßig nur gegen Zahlung des Werths,[65]) und bei der Expropriation des Grund und Bodens verfuhr man mit einer ſolchen Rückſicht und Schonung, daß man dem Beſitzer das ganze Grundſtück abkaufte, auch wenn man nur einen Theil deſſelben nöthig hatte,[66]) und bei Weigerung der Beſitzer nicht ſelten völlig davon abſtand.[67]) Den Schaden, der durch ſolche öffentliche Anlagen

---

Staatsgewalt nach der römiſchen Anſicht nur durch ihren eignen Willen beſchränkt geweſen, es habe daher auch keine Unverletzlichkeit der Rechte Einzelner und namentlich des Rechtsganges gegeben.

62) Liv. 22, 57.

63) Val. Max. 5, 6 §. 8. Liv. 32, 26.

64) Liv. 40, 29.

65) S. C.um bei Frontinus de aquaeduct. c. 125.

66) Frontinus de aquaeduct. c. 128.

67) Liv. 40, 51: Impedimento operi fuit M. Licinius Crassus, qui per fundum suum duci non est passus. Suet. August. c. 56: forum angustius fecit non ausus extorquere possessoribus proximas domus. Um eine Vorſtellung von den enormen Summen zu geben, die in ſolchen Expropriationsfällen gezahlt wurden, bemerke ich, daß der Platz für eine Baſilika am Forum über 4 Millionen (Cic. ad Att. IV. 16), §. 14 der Platz für das Forum Julium über 7 Millionen Thaler zu ſtehen kam (Plin. 36, 24).

den benachbarten Grundbesitzern zugefügt war, ersetzte man.[68]) Zu Zeiten der Getreidenoth schickte man Commissäre in die Provinzen, welche dort Getreide anzukaufen hatten; man verbot den Provinzialen an Andere zu verkaufen als an sie, allein man setzte ihnen einen angemessenen Preis.[69]) Den Frauen, die in der Zeit der Bedrängniß ihr Gold und Geschmeide dem Staate zur Verfügung gestellt hatten, ward das Gegebene zurückerstattet.[70]) Es ist kein Fall bekannt, daß der Staat seinen Gläubigern gegenüber seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt hätte. Als einmal in Folge eines neu ausgebrochenen Krieges die Staatscasse sich außer Stand sah, einen der angesetzten Zahlungstermine inne zu halten, befriedigte man die Gläubiger mit öffentlichen Ländereien, wobei man ihnen vorbehielt, dieselben bei besserem Cassenbestande gegen den angesetzten Preis zurückzugeben.[71])

Diesen zahlreichen Beispielen der strengen Rechtlichkeit, durch welche sich die oberste Staatsgewalt in ihrem Verhältniß zu den Privaten leiten ließ, und die in der That den Lobspruch von Frontin verdient, den ich an die Spitze dieses Paragraphen gestellt habe, steht meines Wissens aus dem guten Zeitalter der Republik nur ein einziges gegenüber, wo der Staat unter dem eisernen Gebot der Noth diese Eigenschaft verläugnete. Es ist dies die während der punischen Kriege wiederholt vorgenommene Reduction des Münzfußes — eine Maßregel, durch welche der Staat zwar nicht formell, aber doch materiell seine Gläubiger um einen Theil ihrer Ansprüche brachte.[71a]) Wie wenig aber

68) Tacit. Ann. 1, 75.

69) Die Belegstellen bei Burmannus Vectigalia populi Rom. Leid. 1734 c. 2 p. 19, 20. Einen Fall, wo man in Rom bei einer Hungersnoth die Besitzer zwang: »profiteri frumentum et vendere, quod usu menstruo superesset« s. bei Liv. 4. 12.

70) Liv. 6, 4.

71) Liv. 31, 13: medium inter aequum et utile, wie er die Maßregel charakterisirt.

71a) Plin. H. N. 33, 13 ita quinque partes factae lucri dissolutumque aes alienum. Als Grund gibt er an: cum impensis respublica

auch sie geeignet ist, der Lehre von der angeblichen Omnipotenz des souveränen römischen Volkswillens als Stütze zu dienen, dafür wird die Bemerkung genügen, daß ähnliche Maßregeln auch außerhalb Roms oft genug vorgekommen sind. Hätten die Römer wirklich an jene Omnipotenz geglaubt, der Staat hätte ein viel billigeres und einfacheres Mittel gehabt sich seiner Schulden zu entledigen, er hätte nur zu beschließen brauchen, daß sie als ganz oder theilweise bezahlt gelten sollten. Es ist mir nicht bekannt, daß jemals ein derartiger Antrag in Rom versucht worden wäre.

Dies ist um so bezeichnender, als solche Anträge in Anwendung auf Privatschulden nicht selten gestellt und mit Gesetzeskraft versehen wurden. Es sind dies die oben erwähnten novae tabulae, d. h. Gesetze, welche den Privatschuldnern eine Erleichterung von der Schuldenlast gewährten, sei es durch Erlaß der rückständigen Zinsen, sei es durch vorgeschriebene Anweisung der gezahlten auf die Capitalschuld u. s. w. Diese Gesetze enthielten unzweifelhaft einen empfindlichen Eingriff in die Privatrechte, und beurtheilt man sie vom rein abstracten Standpunkt, ohne die Umstände zu kennen, die sie veranlaßten und rechtfertigten, so wird man allerdings nicht umhin können, sie zu verdammen. Allein in ihrem richtigen historischen Zusammenhang betrachtet erschienen sie in einem ganz andern Licht. Sie waren periodische Aderlässe, welche durch die Stockungen im gesellschaftlichen Organismus mit Nothwendigkeit geboten waren. Ihre Nothwendigkeit hatte allerdings in einer Fehlerhaftigkeit des Organismus ihren Grund, allein der Fehler selber war so tief in dem socialen Organismus Roms begründet, daß keine Macht auf Erden im Stande gewesen wäre, ihn zu entfernen — Rom hätte nicht Rom sein müssen! — und alle Maßregeln, die darauf gerichtet waren, wie z. B. das verzweifelte Mittel, das Zinsennehmen völlig zu untersagen, mußten sich nothwendigerweise als wirkungslos erweisen.

---

non sufficeret: ebenso Festus: grave aes . . . populus, pressus aere alieno.

Der Fehler lag in der Ungunſt und Unſicherheit des ökonomiſchen Loſes der niederen Stände.[71b]) Beeinträchtigt durch die Concurrenz der Sklavenarbeit, hatte der auf ſeinen Erwerb angewieſene freie Mann ſelbſt in Friedenszeiten Noth, ſich ſeinen Lebensunterhalt zu verdienen. Es brauchte alſo nur eine Unterbrechung ſeiner Thätigkeit einzutreten, wie die häufigen Kriege ſie ſo oft herbeiführten, oder Mißwachs und Hungersnoth, um ihn mit Nothwendigkeit den Wucherern in die Arme zu treiben. Wenn man nun den hohen Zinsfuß des Alterthums in Anſchlag bringt, ſo wird man begreifen, wie auch bei ſparſamſter Wirthſchaft und Anſtrengung aller Kräfte eine in der Noth contrahirte Anleihe ſich zu einer Lawine geſtalten konnte, die den Mann und ſein ganzes Hausweſen unter ſich begrub. Nur ſo erklärt ſich die coloſſale Ausdehnung der Verſchuldung der ärmeren Klaſſen und der furchtbare Druck, unter dem ſie ſeufzten; das Schuldenweſen war der Fluch und die bitterſte Anklage der römiſchen Zuſtände. Für den Staat aber hatte die Sache eine hoch politiſche, überaus ernſte Seite. Die Unerſchwinglichkeit der Schulden bedeutete für den Schuldner nicht bloß den Verluſt der vermögensrechtlichen, ſondern zugleich auch der politiſchen Selbſtändigkeit und Unabhängigkeit. Er mußte ſtimmen, wie ſein Gläubiger ihm vorſchrieb; wenige Wucherer verfügten vielleicht über hunderte von Stimmen. Allein auch ganz abgeſehen von dieſem Geſichtspunkt — das grauenhafte Loos eines numeriſch ſehr beträchtlichen Theils des römiſchen Volks ſchloß, eben weil es unverdient war, einen Vorwurf und eine Gefahr für das Gemeinweſen in ſich, daß die geprieſene politiſche Klugheit der Römer ſich völlig hätte verläugnen müſſen, wenn ſie nicht, ſobald das Uebel einen bedrohlichen Grad erreicht hatte, in der einen oder andern Weiſe dafür Abhülfe geſucht hätte. Es kam vor, daß der Staat dem Bedürftigen das Geld vorſchoß (Note 409), allein dazu war er weder immer in der Lage, noch reichte der bloße Wechſel in der Perſon

71b) Die weitere Ausführung ſ. in §. 34.

des Gläubigers aus, um den Schuldnern eine Erleichterung zu gewähren. So griff man denn zu dem angegebenen Mittel, bei dem die Gläubiger immerhin in ihren Büchern genug einbüßen mochten, schwerlich aber so viel, um nicht, wenn sie die Gesammtbilanz zogen, dennoch ein ganz lohnendes Geschäft gemacht zu haben.

So war also der Erlaß von novae tabulae, weit entfernt einen schnöden Willkürakt, ein Geschenk zu Gunsten des einen Theils des Volks auf Kosten des andern zu enthalten, in der That eine Maßregel der höheren socialen Gerechtigkeit, ein Akt der Selbsterhaltung des Gemeinwesens.[72] In diesem Licht haben auch die Römer selber die Sache angesehen — nicht also als eine Maßregel, die im Prinzip der Volkssouveränetät schon ihre Rechtfertigung finde, sondern als ein durch die höchste Noth gebotenes und entschuldigtes Rettungsmittel,[73] abgesehen von dieser Voraussetzung aber — und zur Zeit des Verfalls sah man in der That nicht selten von ihr ab — als eine unverantwortliche Willkür, als schreiendes Unrecht.[74] Dem Eindruck, den wir bisher ge-

72) Ich verweise auf die ausführlichere Rechtfertigung dieser Maßregeln bei Niebuhr röm. Gesch. Bd. 2 S. 23 fl. (bei Gelegenheit der licinischen Rogationen).

73) Cicero de republ. 2, 34: .... quum plebes publica calamitate impendiis debilitata deficeret, salutis omnium causa aliqua sublevatio et medicina quaesita est. Sueton Jul. Caesar c. 42.

74) Val. Max. 6, 2 §. 12 (über den Juristen Cascellius, der durch Nichts dazu zu bestimmen war: de aliqua earum rerum, quas triumviri dederant, formulam componere . . . beneficia eorum extra omnem ordinem legum ponens) Cicero de offic. 2, c. 22: qui autem populares se esse volunt, ob eamque causam aut agrariam rem tentant, ut possessores suis sedibus pellantur aut pecunias creditas debitoribus condonandas putant, ii labefactant fundamenta reipublicae .....deinde aequitatem, quae tollitur omnis, si habere suum cuique non licet. Id enim est proprium civitatis atque urbis, ut sit libera et non sollicita suae rei cujusque custodia. Atque in hac pernicie reipublicae etc. Cicero hatte in den 10 Jahren, die zwischen der einen und andern Aeußerung lagen, schwerlich seine Ansicht verändert, wie Niebuhr annimmt (röm. Gesch. Note 1347), sondern die eine

wonnen haben, entspricht es, daß die rückwirkende Anwendung der Gesetze, welche so störend in bestehende Verhältnisse und erworbene Rechte eingreifen kann, regelmäßig durch einen ausdrücklichen Zusatz[75]) ausgeschlossen wurde.

Neben dem bisher betrachteten Grundsatz der Unverletzlichkeit der erworbenen Rechte kommt für die Unabhängigkeit der Verwirklichung des Rechts noch ein anderer höchst wichtiger Punkt in Betracht: die Garantie einer unabhängigen, gleichmäßigen und unbestechlichen Civil-Justiz.[76]) Die äußeren Einrichtungen der Gerichtsverfassung, die Formen des Verfahrens und das materielle Recht vermögen durch sich allein diese Garantie nicht zu verleihen, d. h. die moralische Integrität des Richterstandes nicht entbehrlich zu machen, aber wie sie selbst bei der moralischen Verderbtheit des Volks und folglich auch der Richter immer noch einen gewissen Schutz gewähren, so sind sie für moralisch unverdorbene Zeiten von um so höherem Werth. Die Gerichtsverfassung kann von der Art sein, daß sie unberechtigte Einflüsse von Seiten der Staatsgewalt bald mehr, bald weniger ausschließt (Absetzbarkeit oder Unabsetzbarkeit der Richter u. s. w.), daß sie die Richter sonstigen unbefugten Einflüssen bald in höherem, bald in geringerem Grade zugänglich macht (Einzelnrichter, Richtercollegien, pecuniäre Situirung derselben u. s. w.), die Formen

---

bezieht sich auf den weisen Gebrauch, die andere auf den Mißbrauch des Mittels. Wie Schmidt (Note 43) S. 153 Anm. 1 darin, „daß das römische Recht die Aufhebung der Civilrechte durch einen Akt der Staatsgewalt als einen durch vis major oder casus herbeigeführten Rechtsverlust betrachte," eine Consequenz der von ihm dem römischen Recht supponirten Auffassung erblicken kann, ist mir völlig unbegreiflich. Ich sollte sagen, daß das Gegentheil nicht hätte klarer ausgedrückt sein können, denn vis major, casus bildet ja den Gegensatz zum Recht, jene Aufhebung wird dadurch also als ein Akt der reinen Gewalt gekennzeichnet.

75) z. B. Ne quis post hanc legem rogatam (l. 1 pr. ad leg. Falc. 35. 2), ne quis posthac (l. 12 ad leg. Jul. de adult. 48. 5.)

76) Die eigenthümliche Beschaffenheit der römischen Criminaljustiz ist bereits früher (§. 25) entwickelt, auf letztere braucht daher an dieser Stelle keine Rücksicht mehr genommen zu werden.

des Verfahrens von der Art, daß sie der Willkür bald größeren, bald geringeren Spielraum gewähren. Das Ideal der Civilrechtspflege, welches der ältere Prozeß zu verwirklichen sucht, ist das einer Rechtsmaschine, er charakterisirt sich durch die Eigenschaften der Sicherheit, unausbleiblichen Gleichmäßigkeit und folglich auch der Unfreiheit. Der Einfluß des individuellen Ermessens (und damit auch die Gefahr der Willkür), dem das spätere Recht einen so weiten Raum darbietet, war im ältern Recht möglichst beschränkt; die bei der Prozedur thätigen Personen des Prätors und des Richters waren Stücke einer Prozeßmaschinerie, die sich unabänderlich in derselben Weise bewegte. Damit war zwar das rein Aeußerliche der Form gewahrt, aber welche Garantie bot diese Verfassung für die materielle Gerechtigkeit? Hinsichtlich der Person des Prätors bedarf es nur eines Blicks auf dessen Stellung und Functionen, hinsichtlich der Richter und zwar des Centumviralgerichts lege ich besonderes Gewicht auf das numerische Moment, die collegialische Organisation desselben, hinsichtlich des Einzelrichters verweise ich theils auf den socialen Stand der in die Listen eingetragenen Richter,[76a]) theils auf den Einfluß, der den Partheien auf die Wahl des Richters eingeräumt war, hinsichtlich aller aber auf die Oeffentlichkeit der Rechtspflege und ihre Unabhängigkeit von irgend einer andern Macht als derjenigen, die gerade umgekehrt eine Garantie darbot: der öffentlichen Meinung. Die Theilung der Functionen zwischen Prätor und Richter, welche das Charakteristische des spätern Formularprozesses ausmacht und in dem Verfahren dieser Periode: dem Legisactionen-Prozeß schon ihren Ursprung hat, ist für unsern Gesichtspunkt

---

76a) Während der ganzen gegenwärtigen Periode wurden sie aus den Senatoren genommen, nur der arbiter im alten Sinn, wie er in den XII Tafeln vorkommt d. h. der Sachverständige, Techniker, der nicht sowohl Rechtsfragen, als rein factische Fragen zu beurtheilen hat (Schätzung der Früchte bei der reivindic., Regulirung des Laufs der Gewässer, Theilung von Erbschaften und Grundeigenthum), mag ein Mann aus dem Volke gewesen sein.

ebenfalls nicht ohne Bedeutung, obschon sie durch denselben nicht veranlaßt ist.[76b]) Denn es ist klar, daß diese Einrichtung, indem sie beide zur Cooperation berief, die Gefahr einer partheiischen Justiz wesentlich verminderte. Die volle Richtergewalt, statt in einer Hand vereinigt zu sein, war damit auf zwei vertheilt, halbirt und eben damit jede der beiden mitwirkenden Personen von der andern abhängig gemacht — ein Verhältniß, wie bei öffentlichen Cassenbeamten, von denen jeder einen besonderen Schlüssel zur Casse hat, und keiner ohne den andern dieselbe öffnen kann. Den einen Schlüssel hatte der Prätor in seinem »jus dicere«, den andern der Richter im »judicare«, mit der formula band der Prätor den Richter, aber doch nicht so, daß letzterer nicht da, wo er nach Art der Frage hätte Ja sagen sollen, dennoch hätte Nein antworten und damit dessen unlautere Pläne vereiteln können. Aber vielleicht noch einflußreicher als diese wechselseitige juristische Abhängigkeit war die gegenseitige moralische Controlle, welche das Verhältniß für beide Theile herbeiführte, und die mittelst dieser Einrichtung beiden Partheien gewährte Möglichkeit einer ungehinderten, völlig freimüthigen Kritik der Erlasse des Prätors vor dem Richter. Die vom Prätor ertheilte formula band den Richter in seinem Urtheil über die Sache, aber nicht in seinem Urtheil über sie selbst, und die Parthei, die sich durch dieselbe verletzt glaubte, war bei Verhandlung der Sache nicht durch die Anwesenheit des Prätors genöthigt, dem Ausdruck ihrer Gefühle Zwang anzuthun[76c]) — das Verfahren in judicio gestaltete sich ungesucht zu einer Kritik des Verfahrens in jure. Andererseits mußte auch der Richter bei seinem Spruch darauf Bedacht nehmen, daß

76b]) Auf einen einfachen, meines Erachtens völlig begründeten prinzipiellen Gegensatz (den der Prozeßvoraussetzungen und der materiellen Prüfung des Streitverhältnisses) hat jene Theilung des Verfahrens in jure und judicio zuerst zurückgeführt O. Bülow in seiner Lehre von den Prozeßeinreden und den Prozeßvoraussetzungen, Gießen 1868 S. 285—296.

76c]) Cic. pro Tull. §. 38 ... in judicio queri praetoris iniquitatem, quod »de injuria« (in formula) non addiderit.

ſchon ein Anderer mit der Sache eine Vorunterſuchung angeſtellt hatte und über den Stand derſelben im Allgemeinen unterrichtet war, und daß der Grundſatz der rechtlichen Unumſtößlichkeit ſeines formell richtig erlaſſenen Richterſpruches weder den Bericht und die Klage der Parthei bei dem Prätor über den Ausgang der Sache ausſchloß, und ihm alſo in moraliſcher Beziehung nicht die geringſte Deckung verlieh, noch auch juriſtiſch ſich ſo weit erſtreckte, daß er ihn gegen jede Haftung ſicher ſtellte. Denn ganz abgeſehen davon, daß dem Aeußerſten, wozu er es kommen laſſen konnte: der Beſtechung durch eine der Partheien, durch Androhung der Todesſtrafe ein wirkſamer Damm entgegengeſetzt war,[77] — eine Maßregel, die ihr Gegenſtück in dem andern Geſetz fand,[77a] welches die Parthei, die durch Drohungen auf den Richter zu wirken hoffte und dadurch ſeine Unpartheilichkeit zu beeinträchtigen verſuchte, für den Fall, daß ſie dieſelben ausführte, mit der Sacertät (I. 279) belegte — ganz abgeſehen hiervon war in doppelter Weiſe dafür geſorgt, daß der Richter auf der Bahn der Pflicht blieb. Einmal durch die disciplinäre Gewalt des Prätors, vermöge deren derſelbe ihn durch die bekannten Mittel der multae dictio und des pignora capere zur Pflichterfüllung anhalten konnte, insbeſondere im Fall der Läſſigkeit; der Prätor blieb, auch nachdem er mit Ertheilung der formula von der Bühne abgetreten war, immer noch im Hintergrund als Beſchwerdeinſtanz wegen verweigerter und verzögerter Juſtiz.[77b] Sodann durch die geſetzliche Beſtimmung, daß der Richter, der ein nichtiges Urtheil ſpricht,[77c] oder

77) Gellius 20, 1, 7.

77a) Die lex Valeria von 305; Liv. 3, 55.

77b) l. 49 §. 1 de jud. (5. 1) . . cogi pronuntiare. Bei den judicia legitima, welche ſeit der lex Julia judiciaria mit 1½ Jahren verjährten (Gaj. IV. 104), wird, wenn der Ablauf der Friſt durch den Richter verſchuldet war, für ihn die Folge des litem suam facere eingetreten ſein. Der Prätor konnte übrigens noch eine kürzere Friſt ſetzen, arg. l. 32 ibid.

77c) Dies war der Fall, wenn das Urtheil der formula nicht entſprach; denn dieſem Urtheile fehlte es an der vom Prätor in der formula ihm zugeſicherten Kraft. Nach Grundſätzen des römiſchen Prozeſſes war dadurch der

durch Verſehen oder böſe Abſicht die Parthei um ihr gutes Recht bringt, derſelben dafür zu haften hat; das Geſetz ſubſtituirt ihn an Stelle der freigewordenen Gegenparthei: litem suam fecit.[78])

In wie hohem Grade das materielle Recht durch ſeine Geſtaltung dazu beitrug, die Sicherheit und Gleichmäßigkeit der Rechtspflege zu fördern, wird ſeiner Zeit aus der innern Charakteriſtik des materiellen Rechts ſich ergeben.

Auf Grund der bisherigen Darſtellung wird ſich die Behauptung rechtfertigen, daß das ältere Recht in hohem Grade die nöthigen Vorausſetzungen einer ſichern, gleichmäßigen Rechtspflege in ſich ſchloß. Nur in Bezug auf das Verhältniß der Rechtspflege zur Staatsgewalt bieten ſich uns zwei befremdende Erſcheinungen dar, nämlich die Suspendirung des civilprozeſſualiſchen Verfahrens und Zwanges gegen die höhern Beamten während der Dauer ihres Amtes[78a]) und die unſern heutigen Ideen über die Unabhängigkeit der Juſtiz durchaus widerſtrebende Zuläſſigkeit einer Einwirkung der Magiſtrate und Tribunen auf die Rechtspflege. Letztere beruhte auf dem Veto, das denſelben gegen die Verfügungen ihrer Collegen zuſtand, und inſoweit, aber auch nur inſoweit, als es ſich um Verfügungen des Prätors in Rechtsangelegenheiten handelte, konnten ſie dagegen ihren Proteſt einlegen.[79]) Nicht alſo gegen den Richterſpruch; ſowie die Sache

---

Kläger um ſeinen ganzen Anſpruch gebracht, denn weder konnte der Richter, nachdem er einmal geſprochen, das Urtheil rectificiren, noch der Kläger von neuem Klage erheben, hier haftete alſo ſtatt des Beklagten der Richter ſelber, Gaj. IV. 52.

78) l. 5 §. 4 de O. et A. (44. 7).

78a) Es ſprach ſich dies darin aus, daß eine in jus vocatio wider ihren Willen gegen ſie unterſagt war. Gellius 13, 13 §. 4.

79) S. Puchta Curſ. der Inſtitut. B. 2 §. 180 a. E. In der temporären Abberufung des Richters von Seiten der Tribunen, die Cicero pro Cluentio c. 27 erwähnt, wird man ſchwerlich eine Beeinträchtigung des Richteramtes finden wollen. Sonſt aber iſt mir kein Fall bekannt, wo ein Tribun oder Magiſtrat in den Gang des Verfahrens vor dem Judex eingegriffen hätte (daß der Prätor vermöge ſeines Aufſichtsrechts es durfte, ſteht damit nicht in Widerſpruch). Die Stellen, die man anführt (Klenze

an den Richter gekommen, war ihre Einwirkung ausgeſchloſſen, — den Richterſpruch konnte in der ältern Zeit keine Macht der Erde rechtlich umſtoßen, noch mochte der Richter ſelbſt oder der Prätor ihn ändern oder zurücknehmen. Auch wird uns meines Wiſſens nirgends berichtet, daß in alter Zeit je von irgend einer Macht der Autorität eines richterlichen Urtheils entgegengehandelt wäre. Ein mittelbarer Einfluß der nicht mit der Rechtspflege betrauten Beamten ſowohl auf die Inſtruction des Prozeſſes als auf ſonſtige rechtliche Verfügungen des Prätors war alſo möglich, und es liegt kein Grund vor, ihn erſt aus ſpäterer Zeit zu datiren. Es vermindert ſich aber das Gewicht dieſer Eingriffe, wenn man bedenkt, daß ſie nur negativer Art waren, die beabſichtigte rechtliche Verfügung zwar vertagen, aber nicht eine andere an deren Stelle ſetzen konnten, ſo wie daß dem Einſpruch keine Rechtskraft zukam, ſo daß alſo nicht nur der Nachfolger im Amt, ſondern der Urheber ſelbſt ihn zurücknehmen konnte. Und ſodann hatte die ganze Einrichtung nicht einen der Rechtspflege feindlichen Charakter, ſondern umgekehrt den Zweck, ihr zu dienen, eine Partheilichkeit und Ungerechtigkeit des Prätors unſchädlich zu machen. Im Anfange der Republik, als noch die Rechtspflege, ausſchließlich den Händen der Patricier anvertraut, den Einwirkungen des Partheiintereſſes ausgeſetzt war, mußte das Veto der Tribunen auch in ſeiner Anwendung gegen rechtliche Verfügungen patriciſcher Beamten für die Plebs unſchätzbar ſein.[80]

Frag. leg. Serv. p. 84 not. 5, Keller röm. Civilprozeß, §. 82 Note 987), ſprechen gar nicht von Civilgerichten, ſondern von judiciis publicis, die l. 58 de jud. (5. 1) freilich von erſteren, aber von einem majus imperium in eadem jurisdictione. Die lex Rubria XX, 51 verbietet ausdrücklich die Interceſſion bei einem Civilverfahren. Zur Unterſtützung möge noch angeführt werden, daß letztere bei einer quaestio perpetua mindeſtens entſchieden verwerflich war (Geib Criminalprozeß S. 289) oder wohl geradezu in der betreffenden lex verboten (ſ. z. B. lex Acilia c. 21).

80) Freilich gilt auch hier der Satz, daß es kein Gut gibt, das nicht durch Mißbrauch ſich in ſein Gegentheil verkehren laſſe, man vergleiche

Wie wenig die Römer in der That geneigt waren, das Gebiet der Justiz zu verkürzen oder sie in ihrer Selbständigkeit zu beeinträchtigen, zeigt sich schlagend an einem Punkt, der sonst der eigentliche Tummelplatz der Conflicte zwischen Staatsgewalt und Justiz zu sein pflegt, nämlich an dem Verhältniß der Justiz zur Polizei und Verwaltung. Während anderwärts die Polizei ihr Gebiet gern auf Kosten der Justiz erweitert, hat sie in Rom umgekehrt einen beträchtlichen Theil desselben an die Justiz abgetreten. Unsere heutigen Polizeicontraventionen bildeten nämlich in Rom wenigstens der Mehrheit nach den Gegenstand einer actio popularis d. h. eines ganz regulären Civilprozesses.[81] Der Prätor wie der Richter befolgten hier durchaus die strengen Grundsätze des Civilrechts, und der Staat oder das Volk, als dessen Vertreter der Kläger gedacht wurde,[82] ordnete sich ganz der Justiz unter, kämpfte gegen den Beklagten mit völlig gleichen Waffen.

Ganz dasselbe galt für einen der wichtigsten Zweige der Verwaltung: das Steuerwesen. Abgesehen nämlich von der Erhebung des Tributums, der directen Steuer, hatte der römische Staat bekanntlich das System der Verpachtung der öffentlichen Einkünfte, der Steuern, Zehnten, Zölle u. s. w., was für den hier in Rede stehenden Gesichtspunkt die wichtige Folge hatte, daß an die Stelle des Staats oder seiner Beamten die Steuerpächter (publicani)

---

z. B. den Fall, von dem Liv. 6, 27 berichtet, wo die Tribunen sich zur Erreichung politischer Zwecke jeder Personalexecution widersetzten, also in dieser Richtung ein Justitium herbeiführten. Der Senat vermochte dasselbe und machte davon Gebrauch, indem er z. B., um eine Gährung der Masse zu beschwichtigen, verfügte »ne quis magistratus, quoad bellatum esset, jus de pecunia credita diceret.« Liv. 6, 31 oder: »ut praetores . . res in diem tricesimum differrent, donec etc.« Liv. 39, 18.

81) Ueber den letzten historischen Grund dieser Erscheinung habe ich früher (§. 14) bereits meine Meinung geäußert; s. jetzt auch IV. 337.

82) In manchen Gesetzen, die eine solche actio popularis einführten, hieß es geradezu: populo dare damnas esto und sodann: ejus pecuniae petitio ei sit, qui volet.

als Steuererheber traten. Bei Streitigkeiten zwischen letzteren und den Steuerpflichtigen standen also nicht Staat und Privatperson, sondern zwei Privatpersonen sich gegenüber, die ihren Streit ganz im Wege des gewöhnlichen Civilprozesses zu erledigen hatten, ohne daß der Ausgang desselben den Staat irgendwie berührte und ein Eingreifen der Verwaltungsbehörde erforderlich gewesen wäre. Dem Publikanen war jedoch im Vergleich zu gewöhnlichen Privatpersonen eine Vergünstigung ertheilt, nämlich die einer besonders privilegirten Klage (der legis actio per pignoris capionem), eine Vergünstigung, die für das Verhältniß unentbehrlich und auch andern Forderungen zugestanden war,[82a]) und die andererseits durch die Strafklage, die der Gegenparthei für den Fall einer unrechtmäßigen Erpressung von Seiten der Publikanen gegen sie gegeben war, reichlich aufge-

82a) Man kann, wie ich (I S. 158) die „militärische, religiöse oder politische Beziehung" der durch pign. capio geschützten Forderungen anerkennen, oder selbst mit Degenkolb Die lex Hieronica. Berlin 1861. S. 97 von einer „publicistischen Natur" des Anspruchs der Steuerpächter sprechen, ohne dadurch mit der Behauptung im Text in Widerspruch zu gerathen. Der Publikane pfändete im eigenen Interesse ebenso wie die übrigen bei Gaj. IV. 28 genannten Personen, nicht im Interesse des Staats, er war kein Beamter, der Prozeß zwischen ihm und dem Steuerpflichtigen kein Prozeß zwischen der Staatsbehörde und der Privatperson. Wenn von Bethmann-Hollweg §. 30 Note 37 sagt: „Der Publikane verfuhr gegen den Abgabepflichtigen nicht im Rechtsweg, sondern durch eigenmächtige Pfändung", so verweise ich dagegen auf meine Ausführungen über die genannte Art der legis actio (§. 11c), durch welche ich dargethan zu haben glaube, daß dieselbe dem Gepfändeten den Rechtsweg in keiner Weise abschnitt, sondern ihn in der Beschreitung desselben nur insofern beschwerte, als er selber dabei die Rolle des Klägers zu übernehmen hatte. Hätte diese legis actio kein eventuelles prozessualisches Verfahren hinter sich gehabt, so hätte sie nicht als eine der Arten des Legisactionen-Prozesses gelten können; das pignus capere kam auch von Seiten des Magistrats vor, aber weil hier das civilprozessualische Nachverfahren hinwegfiel, zählte man diesen Fall mit Recht nicht unter denen der pignoris capio per legis actionem auf. Nur so wird es auch erklärlich, daß mit Einführung des Formularprozesses diese legis actio in eine gewöhnliche actio fictitia umschlagen konnte. Gaj. IV. 32.

wogen wurde.[83]) An Einfluß und Macht war freilich der eine Theil dem andern unendlich überlegen, und es ist bekannt, daß dies factische Uebergewicht der Publikanen zur Zeit des Verfalls die rechtliche Gleichheit wenigstens in den Provinzen oft illusorisch machte.[84]) Für die jetzige Periode und für Rom und Italien werden wir dies nicht annehmen dürfen, jedenfalls kann dadurch das Interesse der Einrichtung, um die es sich hier handelt: die Thatsache der rechtlichen Unterordnung eines großen Theils des Steuerwesens unter die Justiz, nicht vermindert werden.

Auch bei sonstigen Forderungen, welche der Staat gegen Privatpersonen hatte, suchte er die Beitreibung derselben möglichst in die Hände einer Privatperson zu bringen, allerdings mehr seinetwegen, um sich die Mühe zu erleichtern, als des Schuldners wegen, um ihm den Vortheil eines gleichen Gegners zu verschaffen. Allein wenn letzteres auch nicht Zweck, so war es doch eine beachtenswerthe Folge dieser Maßregel; das Uebergewicht, das die Person des Beamten als des Vertreters des Staats in die Wagschale geworfen hätte, ward vermieden, indem an Stelle desselben die des Aufkäufers von Staatsforderungen (praediator) [84a]) gesetzt ward. Ganz so verfuhr der Staat bei Reprobation von ausverdungenen Accordarbeiten, das Werk ward auf Kosten des bisherigen Annehmers von neuem in Accord gegeben, und der neue Annehmer verfolgte seine Forderung gegen jenen im Wege des gewöhnlichen Civilprozesses. Ganz dasselbe geschah in Bezug auf die Anweisungen, die der Staat auf das aes militare equestre und hordiarium gab; ihre Beitreibung fiel demjenigen

---

83) Ueber diese Klagen s. Cicero in Verrem III. 11, Gaj. IV. §. 28. 32. Tit. Pand. de publ. (39. 4).

84) Quantae audaciae, ruft Ulpian für seine Zeit aus (l. 12 pr. de public.) quantae temeritatis sint publicanorum factiones, nemo est qui nesciat: idcirco Praetor ad compescendam eorum audaciam hoc edictum proposuit.

84a) Dieser Verkauf der Staatsforderungen ist unter dem »praedes vendere« zu verstehen; s. darüber Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. 308.

anheim, dem sie ausgestellt waren,[84b]) die Staatsgewalt mischte sich weiter nicht hinein. In allen diesen Fällen stand also trotz des publicistischen Ursprunges oder Charakters der Forderung dem Schuldner die Möglichkeit offen, dieselbe im Wege des gewöhnlichen Civilprozesses gegen eine ihm völlig gleichstehende Privatperson zu bestreiten.

Andererseits gab es freilich auch Fälle, wo die Staatsbehörde ihre Ansprüche gegen die Privatperson selbst executirte, so die im Sacramentsprozeß verwirkten Succumbenzgelder (sacramenta), die auferlegten Ordnungsstrafen (multae) und die criminell verhängten Geldstrafen (poenae pecuniariae), das auferlegte Tributum, die Einziehung des confiscirten Vermögens.[84c]) Und umgekehrt ist wenigstens ein Fall bezeugt, wo der Staat in den Formen des gewöhnlichen Civilprozesses Recht nahm, nämlich im Streit um Eigenthum.[84d])

Eine andere für den Gesichtspunkt, den wir hier verfolgen, höchst charakteristische Erscheinung ist die Vorliebe der Römer, Streitigkeiten, die an und für sich gar keine civilrechtliche Bedeutung hatten, auf dem Wege des Civilprozesses zur Entscheidung zu bringen. Die sponsio praejudicialis,[84e]) die prozessualische Wette, gab hierfür eine Form von unbegränzter Weite; das Anerbieten einer solchen Sponsion brauchte allerdings nicht angenommen zu werden, enthielt aber doch eine Art von moralischem Zwang. Wir finden nun nicht bloß, daß Privatpersonen

---

84b) Gaj. IV. 27.

84c) S. über diese Fälle von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 95 bis 99 und Rudorff a. a. O. S. 307; über die römische Administrativjurisdiction im allgemeinen Th. Mommsen Röm. Staatsrecht I. S. 119 bis 121. Die Realisirung von Vermögensmassen erfolgte freilich wiederum durch Verkauf an Private (sectores) Rudorff a. a. O.

84d) Dies ergibt sich aus den vindiciae secundum populum, Fest. Vindiciae. Dasselbe galt bei Gränzstreitigkeiten, von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 100 Note 53.

84e) Rudorff Röm. R. G. II. §. 28.

sich dieses Mittels bedienen, sondern auch Beamte unter sich,[85]) Beamte gegen Privatpersonen[86]) und umgekehrt letztere gegen jene, um durch gerichtliche Erhärtung irgend eines vorgeschützten Entschuldigungsgrundes den Lauf einer gegen sie verhängten Maßregel zu sistiren.[87]) So diente dies Mittel namentlich auch dazu, um den Grund oder Ungrund gemachter Beschuldigungen zu constatiren, Jemanden auch ohne oder noch vor dem judicium publicum eines Verbrechens zu überführen, staatsrechtliche Streitigkeiten zur Entscheidung zu bringen u. s. w.[88])

Die Neigung der Römer für die Ausdehnung des civilprozessualischen Prinzips, die sich hierin so recht ausspricht, ging aber nicht so weit, daß die Beamten die Bestreitung ihrer Competenz oder die angefochtene Rechtmäßigkeit ihrer Verfügungen der richterlichen Cognition hätten unterwerfen müssen. Für sie, die von dem gewöhnlichen Gerichtsbann eximirt waren, gab es eine andere Instanz, theils die Volksversammlung, wenn es sich um Anfechtung ihrer Straferkenntnisse oder nach Niederlegung ihres Amtes um eigene Verantwortung wegen Mißbrauchs ihrer Gewalt handelte, theils und zwar bei Verfügungen aller Art die Intercession ihrer Collegen — Garantien von so wirksamer Art, daß die Verschließung des gewöhnlichen Civilrechtsweges dagegen gar nicht in Betracht kam. Hierzu gesellte sich noch der Grundsatz, daß die Verfügungen der Beamten der Rechtskraft ermangelten, also von ihrem Urheber sowohl wie vom Nachfolger zurückgenommen werden konnten, und die Durchführung derselben zwar den factischen, nie aber den rechtlichen Verlust eines Privatrechts zur Folge haben konnte.[88a])

85) Der bekannte Fall bei Valer. Max. 2, 8, 2 über den Anspruch auf einen Triumph. Ein anderes Beispiel bei Liv. 39, 43.

86) Liv. 3, 56. 57.

87) Val. Max. 6, 1, 10.

88) Keller Civilprozeß §. 26 und die dort citirten Semestria desselben.

88a) Der Nachweis wird im Abschnitt über den Grund des Rechts in Theil II Abth. 2 folgen.

II. Der Gleichheitstrieb.

Factiſche und rechtliche Gleichheit — Das Generaliſirungsſyſtem — Rechtliche Verſchiedenheiten und Ungleichheiten vor dem Geſetz — Weſen der altrömiſchen Gleichheit — Aeußerungen derſelben im öffentlichen und Privatrecht — Unterſchiede der Perſonen und Sachen — Stellung des Richters — Berechnung der Zeit und des Schadenerſatzes — Bleibende Bedeutung des Gleichheitstriebes für das römiſche Recht.

> Aequitate constituenda summos cum infimis pari jure retinebat. Jus enim semper est quaesitum aequabile, neque enim aliter esset jus.
> Cic. de off. II. 12.

XXIX. Der zweite und dritte von unſern Grundtrieben tragen die Namen jener Zwillingsparolen, die ſeit mehr als einem halben Jahrhundert die Welt in Bewegung ſetzen — die Freiheit und Gleichheit — einſt das Loſungswort der Edelſten und Beſten, dann das Feldgeſchrei gerade der wilden Maſſe. Die verworrenſten Vorſtellungen von der einen, die gehäſſigſten Erinnerungen von der andern Seite erweckend, ſcheinen ſie für die unbefangene Betrachtung des altrömiſchen Rechts wenig geeignet zu ſein; das ganze Getöſe der Gegenwart, dem wir ſonſt auf dieſem Gebiete ſo weit entrückt ſind, ſchallt mit jenen Worten an unſer Ohr. Und doch — wir können jene Worte nicht entbehren und wir wollen uns durch all' den frevelhaften Mißbrauch, den man mit ihnen getrieben hat und treibt, nicht abhalten laſſen uns freudig zu ihnen zu bekennen und in ihnen die höchſten und edelſten Ideen zu preiſen, die das Recht ſein nennt. Aber um ſo mehr thut es Noth uns über den Sinn zu verſtändigen, in dem ſie allein eine Berechtigung in Anſpruch nehmen können; um ſo mehr wollen wir die Gelegenheit benutzen vom römiſchen Volk zu lernen, wie ein charaktervolles und politiſch reifes Volk dieſe Ideen auffaßt, und welche Früchte ſie ihm trugen.

Wie in der phyſiſchen Welt die Natur, ſo producirt in der moraliſchen Welt die Geſchichte tagtäglich Ungleichheiten; je mehr

Kraftentwickelung, um so bunter die Mannigfaltigkeit. Darin besteht das Leben in der Natur und der Geschichte, daß beide aus der geringen Zahl der Elemente, mit denen sie beginnen, einen unendlichen Reichthum der mannigfaltigsten Gebilde hervorbringen. Diese Mannigfaltigkeit und Ungleichheit hinwegwünschen, hieße Natur und Geschichte zum Stillstand, zum Tode verdammen. In Bezug auf die Natur hegt Niemand einen solchen Wunsch, hinsichtlich der moralischen Welt ist er oft ausgesprochen und wird er sich stets wiederholen. Alle jene Ungleichheiten in der Stellung der Menschen, die das unvermeidliche Resultat der Geschichte sind, in Rang, Stand, Vermögen u. s. w. hat man als Widersprüche gegen die wahre Freiheit und Gerechtigkeit angesehen und verlangt, daß sie der Idee der abstracten Gleichheit weichen sollen. Den ersten historisch bekannten Versuch zur praktischen Realisirung einer solchen Auffassung enthielt die lykurgische Gesetzgebung. Lykurg wollte die effective Gleichheit von Sparta's Bürgern, d. h. eine Gleichheit derselben nicht bloß in ihren Rechten, sondern eine persönliche und sociale, also in ihrer Erziehung, Bildung, Lebensweise, ihrem Vermögen. Eine solche gesetzlich erzwungene Gleichheit ließ sich nur errichten auf dem Grabe der Freiheit, sie war die äußerste Tyrannei unter republikanischem Deckmantel, die bitterste Satire auf die wahre Freiheit, denn sie verkannte und vernichtete das ureigenste Recht des Subjects auf freie Entfaltung seiner Individualität.

Es war dieselbe Auffassung des Gedankens der Gleichheit, die in der neuern Geschichte, in dem Bauernkriege in so schrecklicher Gestalt zum Ausbruch kam und später in der französischen Revolution ihr blutiges Spiel von neuem begann.

Dürfen wir nach solchen Erfahrungen das Prinzip der Gleichheit überhaupt noch anerkennen, oder ist es nicht von vornherein aufzugeben als ein Wahn, dem die Geschichte die Ausführbarkeit versagt? Die Antwort darauf kann uns das römische Volk ertheilen. Die Gleichheit, welche die Römer wollten, hat mit der des Lykurg und unserer heutigen Gleichheits-

apoſtel nichts gemein; letztere würden ſich im alten Rom ebenſo enttäuſcht und unbehaglich gefühlt haben wie im freien England und Amerika.

Die römiſche Gleichheit geht Hand in Hand mit der wahren Freiheit und darum auch mit dem auf Ungleichheiten gerichteten Bildungstriebe der Geſchichte, ja ſie läßt ſich als Ausfluß der Freiheit ſelbſt betrachten. Frei ſoll ſich in Rom entwickeln alles, was Lebenskraft in ſich trägt, und daß nicht Eine Kraft hier auf Koſten der andern künſtlich d. h. durch Geſetz bevorzugt werde, das iſt es, was die römiſche Gleichheit will. Die Ungleichheit des Reſultats, welche die natürliche Folge der Verſchiedenheit der Kräfte iſt, oder die durch die Zwecke des Staats bedingt wird, hat für die Römer nichts Verletzendes. Ungleichheit in der Lebensſtellung, in Rang, Stand, Ehre, politiſchem Einfluß, Vermögen u. ſ. w. erſchien dem Römer nicht als ein Verſtoß gegen das republikaniſche Prinzip. Willig zollte er jenen Vorzügen ſeine Achtung, und von einem Haſſe gegen die Beſitzenden, dieſem düſtern Schatten der heutigen Zeit, findet ſich keine Spur. Der Grund lag darin, daß dieſe Verſchiedenheiten in Rom das natürliche Product freier Entwickelung waren. Wo ſie dies ſind, haben ſie nichts Gehäſſiges; ſie können nur da in einem ſolchen Lichte erſcheinen, wo ſie durch künſtliche Mittel d. h. durch Privilegien hervorgerufen oder geſchützt ſind, wo alſo das Uebergewicht des Einen durch geſetzliche Zurückſetzung des Andern bewerkſtelligt iſt. Hier kann allerdings das an ſich völlig berechtigte Gefühl der Gleichheit, durch die Mißachtung, die es erfährt, geſtachelt, ſich in Haß und Groll gegen die Beſitzenden verkehren, und das Phantom der falſchen, widerſinnigen Gleichheit bei den Maſſen Eingang finden, während ein wahrhaft freies Volk von demſelben nichts zu befürchten hat.

Die Gleichheit vor dem Geſetz iſt durch die Idee der Gerechtigkeit geboten; das ſeiner Natur nach Gleiche ſoll auch vom Geſetz gleich behandelt werden. Aber was iſt gleich? Das ältere römiſche Recht ſtrebt nicht weniger wie das neuere, die Gleichheit

(aequum jus, aequitas)[89]) herzuſtellen, aber wie unendlich verſchieden iſt die aequitas im Sinne des neuern Rechts von der im Sinne des ältern, in jenem Sinn, in welchem Tacitus[90]) die Zwölftafel-Geſetzgebung finis aequi juris nennt: das Aeußerſte des gleichen Rechts! Hat doch das ſpätere Recht dieſen Ausdruck ausſchließlich für ſich in Anſpruch genommen, und iſt er es doch gerade, mittelſt deſſen daſſelbe ſich als billiges Recht zu dem ſtrengen (strictum jus) der ältern Zeit in Gegenſatz ſtellt. Das Urtheil, welches die ſpätere Zeit über letzteres fällte, iſt in dem bekannten Satz: summum jus summa injuria[91]) ausgedrückt, der Vorwurf nämlich, daß die Gleichheitstendenz des ältern Rechts in Wirklichkeit die äußerſte Ungleichheit zur Folge gehabt habe. Die Billigkeit des ſpätern Rechts würde dagegen der ältern Zeit als eine aus übertriebener Milde hervorgegangene Abweichung von der wahren Gleichheit haben erſcheinen müſſen, während ſie umgekehrt einem verweichlichten Billigkeitsgefühl vielleicht ſtellenweiſe noch den Eindruck einer zu großen Strenge machen könnte.[92])

Welche Bewandtniß hat es nun mit dieſer Gleichheit, woher die Erſcheinung, daß trotz des gleichmäßigen Strebens aller Zeiten, die Gleichheit im Recht herzuſtellen, doch die Reſultate ſo unendlich variiren? Dies hat theils einen objectiven, theils einen ſubjectiven Grund. Einmal nämlich ändern ſich im Lauf der Zeit die Dinge ſelber; an die Stelle der urſprünglichen Conformität in den Lebensverhältniſſen des Volks: in Vermögen, Bildung,

89) Aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat. Cicero Topic. c. 4.

90) Annal. III. 27. In demſelben Sinn, in welchem Liv. III. 34 die Decemvirn von den XII Tafeln ſagen läßt: se omnibus summis infimisque jura exaequasse.

91) Cic. de off. I. 10, 33: . . Ex quo illud: summum jus summa injuria jam tritum sermone proverbium, oder wie Columella I. 7 ſagt: summum jus antiqui summam putabant crucem.

92) Ueber die Relativität des Begriffs der Billigkeit ſ. Thöl in ſeiner Einleitung in das deutſche Privatrecht §. 18.

ſocialer Stellung, Gegenſatz von Stadt und Land, Anweſenheit und Abweſenheit u. ſ. w. tritt mit dem Fortſchritt der Cultur eine immer größere Verſchiedenheit dieſer Verhältniſſe, der gegenüber die Beibehaltung des urſprünglichen auf die Gleichheit desſelben berechneten Maßes immer unthunlicher wird. Die fixen Geldſätze von 25, 500, 1000 As des ältern römiſchen Rechts waren für die ſpätere Zeit geradezu eine Unmöglichkeit geworden, ebenſo die urſprüngliche Gleichheit in der Behandlung der Anweſenden und Abweſenden, als das Territorium Roms und das Gebiet des römiſchen Handels ſich ums hundert- und tauſendfache erweitert hatte. Sodann aber ändert ſich mit den Dingen auch die Anſchauung, das Gefühl des Volks für die Wahrnehmung von Ungleichheiten bildet ſich mit letzteren ſelber immer mehr aus, das Gerechtigkeitsgefühl wird empfindlicher, ein Gegenſatz, den das rohe Rechtsgefühl kaum wahrgenommen hatte, erſcheint dem feineren Sinn einer gebildeten Zeit als ein für die rechtliche Beurtheilung völlig Ausſchlag gebender, ſelbſt für ſolche Verhältniſſe und Fragen, die ſachlich durch die Veränderung der Dinge gar nicht berührt worden ſind z. B. den Gegenſatz der Schuld und Zurechnung.

Der Weg, auf dem ein jedes Recht die Gleichheit verfolgt und verfolgen muß, iſt *Generaliſirung*[93]) d. i. Bildung von Klaſſen und Aufſtellung von Regeln für dieſelben. Dabei iſt aber die Gefahr, daß das wirklich Ungleiche gleich behandelt wird, gar nicht zu vermeiden. Möge das Recht bei dieſer Generaliſirung auch immer engere und engere Kreiſe ziehen, immer weiter hinabſteigen in die Beſonderheiten:[94]) jene *Gefahr* iſt nie ausge-

---

93) *Thöl* a. a. O. §. 37 nennt es: *Klaſſificirung*. Der obige Ausdruck iſt gebildet nach l. 8 de leg. (l. 3): Jura non in singulas personas, sed *generaliter* constituuntur.

94) Man könnte dies das *Particulariſiren*, die entgegengeſetzte Richtung des Rechts das *Centraliſiren* nennen — zwei allerdings ſehr relative Begriffe, aber zur hiſtoriſchen Charakteriſtik unentbehrlich. Verwandt mit dem Particulariſiren iſt der *Richtung* nach das *Individualiſiren*,

ſchloſſen. Sowie die Generaliſirung relativ zu weit iſt, ſtellt ſich der Conflict der Gleichheitsidee mit ſich ſelbſt d. i. die Unbilligkeit heraus, d. h. das wirkliche Ungleiche wird als gleich behandelt, weil die kleine Differenz, die es ungleich macht, im Geſetz nicht beachtet war. Dies ergibt ſich gewöhnlich zuerſt an einem einzelnen Fall, an dem jene Differenz in beſonders auffälliger Weiſe ſich bemerklich macht. Möge nun dieſer Fall auch zur Aufſtellung einer neuen für die Zukunft geltenden Regel Veranlaſſung geben: er ſelbſt wird noch der alten Regel zum Opfer fallen, wenn nicht das Recht hier eine Vorrichtung hat, ſeine eigene Vorſchrift außer Kraft zu ſetzen — eine Selbſtcorrectur des Rechts auf dem Wege des Individualiſirens. Hat ein Recht ſich einmal das Ziel geſetzt, jenen Conflict der Gleichheitsidee mit ſich ſelbſt, die Möglichkeit einer „Unbilligkeit" nicht zu dulden, ſo bleibt allerdings kein anderes Mittel übrig. Die Anwendung deſſelben läßt ſich in verſchiedener Weiſe denken. Entweder ſo, daß die Regel ſelber von vornherein eine ſolche Elaſticität erhält, daß ſie ſich der Individualität des concreten Falles völlig anzupaſſen vermag (z. B. die actio injuriarum aestimatoria, das Strafmaximum und -Minimum) oder ſo, daß der einen Regel eine andere gegenüber geſtellt wird, beſtimmt, die Härten jener in der Anwendung auszuſchließen (restit. in integrum des neuern römiſchen Rechts, Strafmilderungsgründe) oder endlich in der Weiſe, daß eine höhere Gewalt über dem Richter ohne im voraus fixirte Normen die Correctur des Rechts vornimmt — eine Combination der geſetzgebenden und richterlichen Function im einzelnen Fall, wie der Prätor, ſpäter der Kaiſer[95])

von dem nachher im Text die Rede iſt, dem Begriff nach aber ſehr verſchieden, denn es bildet ja den Gegenſatz zum Generaliſiren. Wo nichts darauf ankommt, beide in Gegenſatz zu ſtellen, kann man gern den Sprachgebrauch, der beide unter dem einen Ausdruck Individualiſiren zuſammenfaßt, beibehalten, denn letzterer bezeichnet ja die Steigerung der particulariſirenden Richtung über ſich ſelbſt hinaus, involvirt alſo letztere.

95) Constantin I. 1 Cod. de leg. (1. 14) Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.

und heutzutage mit Beschränkung auf die Criminaljustiz (Begnadigungsrecht) der Souverän sie ausübt. Immer bleibt aber dies Mittel insofern ein höchst gewagtes und bedenkliches, als die rechtliche Beurtheilung damit den festen Boden der objectiven Rechtsregel verläßt und sich dem schwankenden Element subjectiver Eindrücke anvertraut, ein Element, das recht eigentlich das der bewußten oder unbewußten Willkür ist.[96] Im römischen Privatrecht[97] tritt diese individualisirende Tendenz erst mit dem dritten System auf, dem Geist des ältern Rechts widerstrebt sie durchaus, der Eingang ist ihr hier nach allen Seiten versperrt. Weder soll der Gesetzgeber im einzelnen Fall Ausnahmen von dem Gesetz anordnen oder eine besondere Norm für denselben aufstellen,[98] noch darf der Richter (der Prätor so wenig wie der judex) sich im einzelnen Fall über das Gesetz hinwegsetzen, noch auch war der ganze Zuschnitt des ältern Rechts von der Art, daß dem richterlichen Ermessen ein irgend beträchtlicher Spielraum gelassen wäre. Unter dem Deckmantel der Billigkeit hätte ja die Willkür und Partheilichkeit sich geltend machen können, und lieber opfert das ältere Recht die ganze Billigkeit, setzt sich also der Eventualität aus, daß seine Gleichheit im einzelnen Fall zur äußersten Ungleichheit führt, als daß es jene Gefahr bestehen ließe. Den alten Römern erschien ihrer ganzen Individualität nach jene

---

96) Was die römische Jurisprudenz sich nicht verhehlte und nicht verhehlen konnte; s. Paulus in l. 91 §. 3 de V. O. (45. 1) ... quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub juris auctoritate perniciose erratur.

97) Ueber das Criminalrecht s. oben S. 45 ff.

98) So wenigstens faßt Cicero das bekannte Verbot der XII Tafeln auf, pro domo c. 17: vetant XII tabulae leges privis hominibus irrogari, pro Sextio c. 30. de legib. III. c. 19: privilegia tollit. Er selber gibt jedoch (de leg. II. 23, 58) ein Beispiel des Gegentheils, bei dem es sich freilich nur um ein Polizeigesetz (Begräbniß innerhalb der Stadt) handelte: C. Fabricius virtutis causa solutus legibus. Ein anderes Beispiel, bei dem es sich ebenfalls um Abtragung einer öffentlichen Dankesschuld handelte: bei Liv. 39, 19.

Möglichkeit in einem ganz andern Lichte, als uns heutzutage; die eiſerne Conſequenz, die in der Gleichheit ſich ausſpricht, hatte als ſolche für ſie etwas Imponirendes, machte ihnen die Reſultate, zu denen ſie führte, erträglich, und mit der vermeintlichen „Unbilligkeit" einer Entſcheidung konnte den Betroffenen ſelber der Gedanke verſöhnen, daß die Gerechtigkeit einmal es ſo mit ſich bringe. Auch für das Rechtsgefühl gibt es eine Abhärtung und Verweichlichung, und die Römer waren am wenigſten das Volk, das, wo es große Zwecke galt, zurückgebebt wäre, denſelben die Rückſichten auf individuelles Wohl zu opfern. Die unausbleibliche Verwirklichung des Geſetzes, die Ausſchließung jeglicher Partheilichkeit und Willkür, das waren Gedanken von ſolcher Gewalt über das römiſche Gemüth und ihm durch die den XII Tafeln vorausgehende Periode patriarchaliſch-willkürlicher Juſtiz (Note 18) ſo tief eingeprägt, daß die Nachtheile, die mit dem Syſtem verbunden waren, willig ertragen wurden.

Darum alſo — und dies iſt ein charakteriſtiſcher Zug des ältern Rechts im Gegenſatz des neuern — rückſichtsloſe Herrſchaft der abſtracten Regel, entſchiedene Abneigung gegen alles *Individualiſiren* im Recht.

War damit allein ſchon die Gleichheit vor dem Geſetz ſichergeſtellt? Gewiß nicht, denn wenn es auch verwehrt war, im *einzelnen* Fall eine Ungleichheit, eine Ausnahme von der Regel eintreten zu laſſen, ſo war dadurch doch die Einführung einer *generellen* Ungleichheit vor dem Geſetz, z. B. durch geſetzliche Bevorzugung oder Zurückſetzung gewiſſer Stände noch nicht ausgeſchloſſen. Es führt mich dies auf einen wichtigen Unterſchied: den der rechtlichen *Verſchiedenheiten* und rechtlichen *Ungleichheiten*. Daß das Geſetz an gewiſſe natürliche Unterſchiede der Menſchen und Sachen rechtliche Verſchiedenheiten knüpfen darf und ſoll, leuchtet ein. Die Stellung der Frau bedingt andere Rechtsſätze als die des Mannes, das Kind kann rechtlich nicht dem Erwachſenen gleich behandelt werden, und die natürliche Verſchiedenheit des Gegenſtandes, z. B. die Eigen-

ſchaft der Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit wird gleichfalls auf das Recht nicht ohne Einfluß bleiben können. In politiſcher Beziehung gilt ganz daſſelbe, und es gehört der gänzliche Mangel politiſcher Einſicht und hiſtoriſcher Kenntniſſe dazu, um dies zu verkennen. Von dieſen rechtlichen Verſchiedenheiten ſind aber wohl zu unterſcheiden die Ungleichheiten vor dem Geſetz d. h. Abweichungen von der Regel des Rechts, die nicht durch objective Gründe, ſei es durch das Staatswohl oder durch innerliche Verſchiedenheiten geboten ſind, ſondern lediglich eine Bevorzugung[99] eines Standes oder einer Klaſſe von Perſonen auf Koſten anderer bezwecken, und deren letzter Grund nur in dem ſocialen Uebergewicht des Einfluſſes beſteht, den dieſer Stand auf die geſetzgebende Gewalt auszuüben und in ſeinem egoiſtiſchen Intereſſe auszubeuten verſtanden hat.

Daß ſie einen Verſtoß gegen die Idee der Gerechtigkeit enthalten, eine Partheilichkeit und Willkür, die mit der des Richters auf völlig gleicher Stufe ſteht, iſt unſchwer zu erſehen. Soll der Richter Niemanden bevorzugen, wie dürfte es der Geſetzgeber? Auch er ſoll ſeine Macht nur im Dienſt der Gerechtigkeit benutzen; wie könnte Gleichheit das höchſte Geſetz und das Ziel der richterlichen Gewalt ſein, wenn ſie es nicht auch für die geſetzgebende wäre?

Dieſer Unterſchied zwiſchen rechtlichen Ungleichheiten und Verſchiedenheiten iſt nicht bloß in der Idee begründet, ſondern er lebt als Thatſache im Gefühl der Völker. In der Anwendung deſſelben können ſie freilich ſehr divergiren; was dieſer Zeit als eine durch innere und äußere Gründe gebotene rechtliche Verſchiedenheit erſcheint, darin findet eine folgende vielleicht eine ſchreiende Ungleichheit vor dem Geſetz. Der Grund dieſer Differenz iſt der oben bemerkte doppelte Gegenſatz in der objectiven Verſchie-

99) Der Kürze wegen habe ich im Text nur auf Bevorzugungen (ſ. g. privilegia favorabilia) Rückſicht genommen; was von ihnen geſagt iſt, gilt aber ebenſoſehr von Zurückſetzungen (ſ. g. privil. odiosa).

denheit der Geſtaltung der Lebensverhältniſſe und in der ſubjectiven Reizbarkeit und Empfindlichkeit des Rechtsgefühls. Es hat vielleicht nie ein Volk gegeben, bei dem letzteres einen ſo hohen Grad erreicht hätte als bei den alten Römern; im Privatrecht gilt prinzipiell die vollſtändigſte Gleichheit, ohne Unterſcheidung von Stadt und Land, von Reich und Arm, Hoch und Niedrig,[100] die aufgeſtellte Regel ſchreckt vor keinem Verhältniß zurück (z. B. die Perſonalexecution geht gegen Verwandte mit derſelben Härte wie gegen Fremde), Ausnahmen von einer Regel ſind dem ältern Recht ſo gut wie unbekannt. In dieſem Eindruck der Gleichheit, den das alte Recht und insbeſondere das XII Tafeln-Geſetz hervorrief, vereinigen ſich alle Urtheile, die uns aus römiſchem Munde zugekommen ſind.[100a])

Der Gleichheitstrieb deſſelben äußert ſich alſo — und dies iſt das zweite Moment zu ſeiner Beſtimmung — auch darin, daß daſſelbe bei ſeiner Generaliſirung die äußerſte Allgemeinheit und Weite erſtrebt, ſich möglichſt wenig zum Particulariſiren herabläßt. Während andere Rechte z. B. das germaniſche mehr das Moment der Particularität und Beſonderheit in's Auge faſſen, und darüber das der Gemeinſamkeit aus dem Auge verlieren, macht das ältere römiſche Recht es gerade umgekehrt.

Betrachten wir die römiſche Gleichheit nunmehr etwas näher im Einzelnen und zwar zuerſt in politiſcher, ſodann in privatrecht-

---

100) Das geiſtliche Recht poſtulirte für die virgo vestalis und den flamen dialis eine Modification des Privatrechts, nämlich Austritt aus der väterlichen Gewalt ohne capitis deminutio — die Gottheit duldete an ihrem Diener keinen Makel, ebenſowenig über demſelben eine fremde Gewalt, darum Befreiung der Veſtalin von der Frauentutel (ausdrücklich in den XII Tafeln vorgeſehen Gaj. I. 145), Ausſchluß des Inteſtaterbrechts bei derſelben, activ wie paſſiv, Gell. I. 12, 18, dafür aber das Recht der Teſtamentserrichtung, Gell. I. 12, 9 und VI. 7. Die Privilegien nicht privatrechtlicher Art übergehe ich. In Hinblick auf dieſe Stellung jener Perſonen ſagt Serv. ad Aen. XI. 206 von ihnen: legibus non tenentur.

100a) Ich verweiſe auf die bereits angeführten Stellen von Cicero, Livius, Tacitus (das Motto über dieſem Paragraphen und Note 90).

licher Beziehung. In beiderlei Rücksicht war die Geschichte des Kampfes der Patricier und Plebejer höchst bedeutungsvoll, und wie es fast keine Seite der ältern Rechtsgeschichte gibt, auf der dieser Kampf nicht seine Spuren zurückgelassen hätte, so glaube ich auch bei der vorliegenden Frage eine solche Spur entdeckt zu haben. Der Druck, mit dem das patricische Uebergewicht so lange auf den Plebejern gelastet, hatte nothwendigerweise einen eben so starken Gegendruck hervorrufen, die bitter empfundene Ungleichheit das Gleichheitsgefühl nur um so höher anspannen müssen, höher jedenfalls, als es ohne dieses Reizmittel der Fall gewesen sein würde.

Eine solche Spannung kann so weit getrieben werden, daß die Saite reißt, daß das an sich berechtigte Streben in einen wilden Gleichheitsschwindel und eine fanatische Nivellirungssucht ausartet. So zur Zeit der französischen Revolution. Anders in Rom. Was die Plebs wollte und erreichte, war rechtliche Gleichstellung mit den Patriciern, Aufhebung der Standes-Privilegien; fremd aber war dem Römer die Vorstellung, als dürfte es im Staat keine Höhen und Tiefen geben, keine Gliederung der Gewalt, keine Ueberordnung und Unterordnung. Unendlich hoch ragte nach wie vor der Zulassung der Plebejer zu der Magistratur der Inhaber einer solchen über den einfachen Bürger hervor, sowohl hinsichtlich seiner Macht, um die ihn mancher constitutionelle Fürst hätte beneiden können, als hinsichtlich der Achtung und Ehre, die er genoß. Dasselbe Volk, das so eben aus seiner Mitte einen Magistrat gewählt hatte, huldigte ihm gleich darauf als Beamten mit aller Ehrerbietung und Unterwürfigkeit, und die eines auf dem Thron geborenen Herrschers würdige königliche Hoheit und Würde, die manche Beamten in ihr Benehmen gegen das Volk zu legen wußten, setzt von der andern Seite das Verhältniß, in dem sie selber zum Volk zu stehen glaubten, in ein nicht minder helles Licht.

Einen anderweitigen sprechenden Beleg für die gesunde Beschaffenheit des politischen Gleichheitsgefühls der Römer gewährt

die Fortdauer der ſervianiſchen Verfaſſung während der gegenwärtigen Periode. Dieſelbe war bekanntlich eine Timokratie, und der Gedanke der Gleichheit kam in ihr in der Weiſe zur Verwirklichung, daß ein jeder in demſelben Maße politiſche Rechte auszuüben hatte, in dem er an den Laſten des Staats participirte — ein Grundſatz, der natürlich eine große Ungleichheit in den politiſchen Rechten zur Folge hatte. Allerdings beſtanden neben den auf dieſer Verfaſſung beruhenden Centuriatcomitien auch die auf das Prinzip der Kopfzahl gegründeten Tributcomitien, allein das Uebergewicht des politiſchen Einfluſſes, die eigentlich beſtimmende Kraft war doch lange auf Seite der erſteren, denn außer der geſetzgebenden Gewalt, die beiden gemeinſchaftlich war, und dem Uebergewicht in der Criminaljurisdiction beſaßen die Centuriatcomitien ausſchließlich das Recht, die curuliſchen Magiſtrate zu wählen, über Krieg und Frieden zu entſcheiden.

Andererſeits bewährte ſich die von den Plebejern errungene politiſche Gleichheit in glänzender Weiſe daran, daß ſeit Gleichſtellung der Stände auch dem geringſten Plebejer rechtlich kein Hinderniß mehr im Wege ſtand, die höchſten Stufen der Staatsverwaltung zu erklimmen und ſich und ſein Geſchlecht durch eigenes Verdienſt zu nobilitiren. Der Zuwachs ſeines Vermögens, den er durch Sparſamkeit und Betriebſamkeit herbeigeführt hatte, brachte ihn aus einer niedern in eine höhere Cenſusklaſſe, mit dem Vermögen mehrte ſich ſein politiſcher Einfluß, durch Auszeichnung im Felde oder daheim konnte er die Augen des Volkes auf ſich ziehen und durch deſſen Gunſt zu den höchſten Ehrenſtellen emporgehoben werden. Auch in Rom wie überall beſtimmte nicht perſönliche Tüchtigkeit allein die Erfolge des Ehrgeizes; auch hier übte die Vergangenheit d. h. das Geſchlecht, ſociale Stellung, Reichthum, Verbindungen u. ſ. w., kurz Vorzüge, die Jemanden ſchon durch die Geburt zufallen können, factiſch einen ungeheuren Einfluß aus und erſchwerten demjenigen, dem ſie abgingen, die Concurrenz im hohen Grade. Aber *rechtlich* war ihm dieſe Concurrenz möglich; jenes Uebergewicht ließ

ſich durch Glück, Energie, Tüchtigkeit paralyſiren und ward anſtatt ein Hemmniß der wahren Kraft nur ein Sporn zur geſteigerten Anſpannung derſelben.[100b])

Wie hier den Niedern kein rechtliches Hinderniß in ſeinem Laufe hemmte, ſo hielt umgekehrt auch kein Rechtsſatz, keine Einrichtung den Hochgeſtellten künſtlich auf ſeiner Höhe; ſich auf derſelben zu behaupten, war lediglich ſeine eigene Sorge. Inſtitute wie z. B. die Familienfideicommiſſe, Lehen u. ſ. w., wodurch die neuere Rechtsbildung das Herabfallen von der Höhe zu verhindern gewußt hat, gab es in Rom nicht, ſo wenig wie Schranken, die den Zugang zu derſelben verwehren ſollten; in Rom konnte jeder durch eigene That ungehindert den Adel erwerben wie verlieren.

Wir gehen über zu dem Privatrecht. Nirgends iſt wohl die Kluft zwiſchen der altrömiſchen und der germaniſchen Rechtsanſchauung weiter und tiefer als hier. Unſere germaniſche Rechtsanſchauung hatte von jeher für die höchſte Mannigfaltigkeit privatrechtlicher Verſchiedenheiten Raum; jeder Stand, jeder Beruf, jedes Lebensverhältniß — der localen Rechtsverſchiedenheiten ganz zu geſchweigen — trieb ſeine eigenthümlichen Inſtitutionen und Rechtsſätze hervor, und dieſer particuläre Bildungstrieb wucherte ſo üppig, daß das Gemeinſame darüber vielfach völlig verloren ging. Welche Fülle von rechtlichen Inſtitutionen knüpft ſich im germaniſchen Recht z. B. an die Unterſchiede des Bürgers, Bauers, Kaufmanns, Adligen! Von alle dem im ältern römiſchen Recht keine Spur! Ein Recht gilt für alle Stände und Berufsarten, für Stadt und Land. Allerdings gibt es auch hier rechtliche Verſchiedenheiten, aber dieſelben ſchließen ſich faſt ſämmtlich an die natürlichen Unterſchiede des Geſchlechts, Alters, der Familie, der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit der Sachen u. ſ. w.

100b) Liv. 39, 40 omnes patricios plebejosque nobilissimarum familiarum M. Porcius longe anteibat. In hoc viro tanta vis animi ingeniique fuit, ut quocunque loco natus esset, fortunam sibi ipse facturus fuisse videretur. Auf welchen Widerſtand freilich ein homo novus ſtieß, darüber ſ. z. B. Liv. 9, 46; 37, 57.

an. Jene Unterſchiede hingegen, die ſich im germaniſchen Recht als ſo außerordentlich ergiebig bewährt haben, die des Berufs, der Lebensſtellung u. ſ. w. ſind hier ſo gut wie wirkungslos geblieben.[101])

Was iſt der Grund? Hat man ſich die Sache ſo vorzuſtellen, das deutſche Recht habe dem Particulariſirungstriebe des Lebens die gebührende Anerkennung gewährt, das römiſche ſie ihm verſagt? Nichts wäre meiner Anſicht nach verkehrter. Nicht weniger als in Deutſchland konnte ſich auch in Rom jedes particuläre Rechtsbedürfniß befriedigen, d. h. jeder Stand und jede Berufsart konnte ſich auch hier ſeine Rechtsſphäre ganz ſeinem Bedürfniß gemäß geſtalten, ſich völlig frei bewegen; es war dies eine Folge des Prinzips der Autonomie, das in Rom im weiteſten Umfange zugelaſſen war. Erheiſchte z. B. in Rom wie in Deutſchland das Familienintereſſe des Adels für das Erbrecht eine Bevorzugung der Söhne vor den Töchtern, des Erſtgebornen vor dem Nachgebornen, ſo ließ ſich dies in jeder Generation durch das Teſtament des jeweiligen Familienoberhauptes bewerkſtelligen; bedurfte es für den Handelsverkehr nach Art unſeres Wechſelrechts eines beſonders ſtrengen obligatoriſchen Bandes, ſo konnten die Contrahenten durch die Geſtaltung der Verträge dies

---

101) Der einzigen Ausnahme, welche davon die prieſterlichen Perſonen bildeten, iſt in Note 100 gedacht. Der in ſpäterer Zeit ſo reich mit Privilegien ausgeſtattete Soldatenſtand exiſtirte in dieſer Zeit als ſolcher noch nicht, jeder Bürger war Soldat, und das Recht fand keine Veranlaſſung, ihn, wenn er unter Waffen ſtand, günſtiger zu behandeln, als wenn er ſie niedergelegt hatte. Das Testamentum in procinctu war kein Privilegium, ſondern ein Teſtament vor dem (im Felde ſtehenden) Volk; das im dienſtlichen Intereſſe gewährte Vorrecht der pignoris capio für das aes militare, equestre, hordiarium wiederholte ſich auch für andere Zwecke. Die Eigenthümlichkeiten des römiſchen Handelsrechts (das agere cum compensatione des argentarius Gaj. IV. §. 64, die gegen ihn ſtattfindende act. receptitia, Theophilus IV. 6. §. 8, die actio gegen den socius des argentarius, Auct. ad Heren. II. c. 13, das eigenthümliche Recht der Publicanengeſellſchaften, l. 59 pr. l. 63 §. 8 pro socio 17. 2, die actio exercitoria und institoria) gehören größtentheils wohl erſt der ſpätern Zeit an.

Bedürfniß ſelber befriedigen; glaubten Corporationen eigenthümliche Normen nöthig zu haben, ſo ſtand es ihnen frei, dieſelben durch Statut feſtzuſetzen.[102]) Glaubten Ehegatten oder ſonſtige nahe Verwandte, daß die Gütergemeinſchaft das der Innigkeit ihrer Verbindung entſprechende vermögensrechtliche Verhältniß ſei, ſo ſtand ihnen nichts im Wege, ihren Wunſch in Form der societas omnium bonorum zu erfüllen.[102a]) Es läßt ſich alſo annehmen, daß im ältern Rom nicht weniger wie in Deutſchland die nach Rang, Stand, Beruf u. ſ. w. verſchiedenen Intereſſen ſich ihre entſprechende rechtliche Befriedigung verſchafften, ſo daß das in Theſi für Alle gleiche Recht doch im Verkehr nach Maßgabe jener Verſchiedenheiten eine verſchiedene typiſche Geſtaltung erhielt. Darin aber gehen nun die ältere römiſche und germaniſche Rechtsbildung weit auseinander, daß dort dieſe Productivität der Autonomie ſich nur auf die Begründung der erforderlichen concreten Rechtsverhältniſſe beſchränkte und trotz der Gleichmäßigkeit ihrer Wiederholung keine abſtracten Rechtsſätze abwarf, ſtets im Zuſtande der Flüſſigkeit verblieb, hier hingegen, begünſtigt durch die mangelnde Schärfe der Unterſcheidung zwiſchen Recht und Sitte, ſich raſch als Recht dieſes Standes, Kreiſes u. ſ. w. fixirte. Die Römer erfaßten den Unterſchied zwiſchen Recht und Sitte und Recht im objectiven und ſubjectiven Sinn zu ſcharf, als daß bei ihnen derſelbe Hergang möglich geweſen wäre. Bei ihnen hätte es in älterer Zeit[103]) zu dem Zweck, um die rechtliche Sitte und Gewohnheit eines Standes u. ſ. w. zum Recht deſſelben zu

---

102) Note 54.

102a) Lebenslängliche Gütergemeinſchaft zwiſchen Ehegatten l. 16 §. 3 de alim. (34. 1), zwiſchen Mutter und Tochter l. 78 pr. §. 8 ad Sc. Trebell. (36. 1.), zwiſchen Brüdern l. 3. l. 31 §. 4 de excus. (27.1). Val. Max. 4, 4 §. 8. Philargyrius ad Virg. Bucol. 3, 90 . . . omnia communia, unanimi fratres sicut habere solent.

103) Im dritten Rechtsſyſtem iſt dies anders geworden, und von manchen Rechtsſätzen läßt es ſich dort nachweiſen, daß ſie nur die Ablagerung einer conſtanten autonomiſchen Geſtaltung concreter Rechtsverhältniſſe enthalten, ſ. vorläufig §. 36 Note 470.

erheben, eines Gesetzes bedurft, die Anwendung dieses Mittels aber widerstritt dem Gleichheitstriebe des ältern Rechts, überhaupt dem Geist desselben. Mochte jedes corporative oder particuläre Interesse durch eigene Thätigkeit sich die ihm nöthige Gestaltung selbst verschaffen; was sollte die Gesetzgebung sich hineinmischen?

Die rechtlichen Verschiedenheiten der Personen, die das ältere Recht wirklich darbietet, und die sich, wie bereits erwähnt, vorzugsweise an natürliche Unterschiede anknüpfen, sind weder der Zahl, noch ihrem intensiven Gehalt nach bedeutend; das Prinzip der abstracten Gleichheit scheint auch ihnen eine freie und breite Entwickelung verwehrt zu haben.

Der Gegensatz der Freien und Sklaven scheidet zunächst von der Betrachtung aus, denn der Sklave ist rechtlich keine Person, es kann also nur bei den Freien von Unterschieden der Person die Rede sein.[104]) Den bei weitem bedeutendsten Unterschied begründet der Umstand, ob die Person einer fremden Gewalt unterworfen ist oder nicht (alieni oder sui juris). Die hausherrliche Gewalt hatte im ältesten Recht hinsichtlich aller ihr unterworfenen Personen: Ehefrau, Kinder, Sklaven denselben Inhalt. Der Uebermacht der hausherrlichen Gewalt gegenüber hatte die natürlich-sittliche Ungleichheit in der Stellung dieser Personen rechtlich nicht zur Anerkennung gelangen können; die Entfaltung ihres verschiedenen sittlichen Charakters war Sache des Lebens und der Sitte.

Für Kinder in der väterlichen Gewalt begründete das Geschlecht nach älterm Recht keinen nachweisbaren Unterschied. Söhne und Töchter erbten zu gleichen Theilen; auch was Enterbung und Präterition anbetrifft, standen sie ursprünglich sich gleich.[105]) Der Einfluß des Geschlechts auf die Adoption und

104) In serverum conditione nulla est differentia §. 5 I. de jure pers. (1. 3) l. 5 pr. de statu hom. (1. 5).

105) S. Schrader zu Instit. de exh. lib. (2. 13), nämlich 1. Enterbung; l. 4 Cod. de lib. praet. (6. 28) scimus antea omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum. 2. Präterition; die

Emancipation stützte sich nicht sowohl auf die XII Tafeln selbst als auf eine den zufälligen Ausdruck[106]) urgirende Interpretation derselben. Bei der Verheirathung der Kinder äußerte sich insofern eine Verschiedenheit, als die Tochter in Form der Dos einen Theil des väterlichen Vermögens erhielt, der Sohn nicht. In Wirklichkeit aber bethätigte sich daran nur die Gleichheit der Behandlung, denn die Ehe war für die Tochter nach älterm Recht mit dem Eintritt in die Gewalt des Mannes, also mit dem Austritt aus der des Vaters, damit aber zugleich mit dem Verlust ihres Erbrechts verbunden, während der Sohn in der Gewalt verblieb und sein Erbrecht beibehielt; für jenen Verlust sollte die Dos die Tochter schadlos halten, dieselbe war nichts als der ihr im voraus ausgezahlte Erbtheil. Auch daran bewährte sich wieder die Gleichheit beider Geschlechter, daß der Vater die Kinder, ganz wie er wollte, in der Gewalt zurückbehalten oder aus derselben entlassen konnte.

Einflußreicher war die Verschiedenheit des Geschlechts für gewaltfreie Personen. Während das männliche Geschlecht mit erreichter Mündigkeit von der Tutel frei ward, blieb das Weib mit Ausnahme der Vestalin (Note 100) lebenslänglich unter der Vormundschaft, möglicherweise ihrer eigenen Söhne, konnte selber nicht Vormünderin werden, hatte keine potestas über ihre Kinder und war unfähig zum Solennitätszeugniß.

Für das öffentliche Recht versteht sich der Einfluß des Geschlechts von selbst. Je inniger aber ursprünglich das Privatrecht mit dem öffentlichen verwachsen war, um so weiter mußte sich auch die privatrechtliche Unfähigkeit der Weiber erstrecken, namentlich also hinsichtlich aller Geschäfte, die früher vor der Volksver-

---

Wirkung derselben war noch zu Cicero's Zeit keineswegs ausgemacht. Cic. de orat. I. 38.

106) »Filius«; Ulpian. X. 1. . . . id enim lex XII tab. jubet his verbis: si pater filium ter venunduit, filius a patre liber esto. Weil das Gesetz nur des filius Erwähnung that, so begnügte man sich bei Töchtern und Enkeln mit einem einmaligen Verkauf. Das Weitere in §. 44.

sammlung vorgenommen wurden.[108]) Je mehr das Privatrecht die politischen Beziehungen ausschied — und das war im wesentlichen bereits mit dem Beginn dieser Periode geschehen — desto mehr nahm damit auch die Fähigkeit der Frauenzimmer zu, und während der Blüthezeit des gegenwärtigen Systems gab es außer der Arrogation und theilweise dem Testament[109]) schwerlich ein Geschäft, welches dieselben unter Assistenz ihrer Tutoren nicht hätten vornehmen können.

Was den Einfluß des *Alters* anbetrifft, so müssen wir das *unreife* und *überreife* von einander scheiden. Den Wendepunkt für beide Abschnitte begründet die Zeugungskraft, der Eintritt derselben die Reife (pubertas), das Schwinden derselben die Ueberreife (senectus), ihr Besitz gilt als Beweis der vollen Körperkraft, mit ihr beginnt und endet die militärische Dienstpflicht. Für den Eintritt der geschlechtlichen Reife hatte die alte Zeit keinen festen Termin, die Sache ward, wenn sich Streit darüber erhob, im einzelnen Fall von der Familie geregelt,

---

108) Gellius V. 19 §. 10 ... neque mulier arrogari potest, quoniam et *cum feminis nulla comitiorum communio est*.

109) Der Fähigkeit der Frauenzimmer zu testiren stand bei dem test. comit. cal. die *Form* entgegen, mit dem testam. per aes et libr. fiel das Hinderniß hinweg, denn der mancipatio waren sie fähig. Man behielt aber den alten Rechtssatz bei, der jetzt also nur noch durch materielle Gründe getragen sein konnte, und diese wird man wohl nur in der Tendenz finden können, das Vermögen der Familie zu erhalten. Durch Austritt aus der Familie, der das Frauenzimmer durch Geburt angehörte, wie er bei der Ehe mit manus erfolgte, hörte jene Rücksicht auf; umgekehrt konnte jetzt, wenn die Frau durch Tod ihres Mannes sui juris geworden war, das Testament dazu dienen, ihr Vermögen in ihre ursprüngliche Familie zurückzubringen, während dasselbe nach Intestaterbrecht an die angeheiratheten Agnaten und Gentilen gefallen wäre. Das Testament konnte hier also in der That der Familie jenen Dienst erweisen, in dem wir früher (§. 14) das ursprüngliche Motiv des römischen Testaments gesucht haben. So erklärt sich der Rechtssatz, den Cic. Topica c. 4 und Gaj. I. §. 115 a berichten, daß nur ein Frauenzimmer, das eine capitis deminutio erlitten (Cic.) oder eine coemptio eingegangen (Gaj.) testam. fact. habe. Wie man später die materielle Ausdehnung der test. factio auf *alle* Frauenzimmer vermittelte, darüber IV. 270.

dagegen war für die zweite Altersſtufe ſchon von Altersher ein beſtimmtes Jahr: das ſechzigſte angenommen.[110]) Der impubes ſtand, wenn er homo sui juris war, unter einem tutor, deſſen Function in erſter Linie nicht in Vornahme der Handlungen für und im Namen des Mündels (Stellvertretung) ſondern in Beſtätigung der von ihm vorzunehmenden Akte (auctoritas) beſtand. Beim infans war dies ausgeſchloſſen, hier war alſo eine Stellvertretung unabweisbar geboten, und das alte Recht hat dieſelbe jedenfalls für den Prozeß verſtattet[111]), womit dieſelbe auch für die in die Form des Prozeſſes eingekleidete in jure cessio (III §. 46) ermöglicht war; obligatoriſche Rechtsgeſchäfte ſchloß der Vormund auf eignen Namen ab (als Erſatzmann) und berechnete ſich hinterher mit dem Mündel, dagegen konnte die Antretung einer Erbſchaft nur durch den Mündel ſelber geſchehen, war alſo während der Jahre der infantia

110) Dies geht hervor aus dem Ausdruck sexagenarius und der daran geknüpften Fabel der senes depontani (Becker Handb. der röm. Alterth. II., S. 216). Mit dieſem Jahr endete in alter Zeit die militäriſche Dienſtpflicht (Becker daſelbſt, neues Recht bei Seneca de brevit. vitae c. 20: 50 Jahr), im neuen Recht die Dienſtpflicht des Senators (Becker II. 2 S. 407), die Verehlichungspflicht für Männer nach der lex Julia und Papia Poppaea (für Frauen 50 Jahr), die perſönliche Wegbaupflicht nach der lex. Col. Jul. Genet. c. 98, nach Varro (Fragment bei Nonius ed. Merc. 523, ed. Gerlach et Roth p. 358), die öffentliche Dienſtpflicht ſchlechthin, mit dieſem Alter erhielt man nach Auct. ad. Herenn. II. 13, 20 die Befugniß ſich im Proceß durch einen cognitor vertreten zu laſſen. Die Altersſtufe des ſiebenzigſten Jahres ſcheint dem neuern Recht anzugehören; daran geknüpfte Privilegien: Befreiung von der Vormundſchaft, l. 2 pr. de excus. (27. 1), von perſönlichen Gemeindedienſten (munera personalia, Gegenſatz in l. 2 §. 1 de vacat. 50. 5 und l. 5 pr. de jure immun. 50, 6) l. 3 ibid. l. 2 §. 1 de vacat. l. 2 §. ult. de decur. (50. 2) mit Ausnahme des Dekurionats, für welches das erreichte 55. Jahr Befreiung gewährte, l. 2 §. ult. l. 11 ibid.

111) So iſt mit Keller Civilprozeß §. 54 das »pro tutela« der Inſtitutionen, (pr. J. de iis per quos 4. 10) zu verſtehen; den Widerſpruch, den ich der Anſicht früher entgegengeſetzt habe, gebe ich auf. Beim infantia major war die Ausnahme nicht geboten; ob ſie auch hier zugelaſſen war, möchte ich bezweifeln, das ältere Recht hat nichts unnützes gewährt.

ausgeschlossen, was nicht bloß formelle Gründe hatte — wozu einem Kinde eine Erbschaft zuwenden, von dem man gar nicht weiß, ob es am Leben bleiben wird? Es war dieselbe Erwägung derentwegen man auch beim Wahnsinnigen dem Vertretungsbedürfniß in Bezug auf die Antretung der Erbschaft keine Abhülfe gewährte: sie haben die Erbschaft zunächst nicht nöthig, vielleicht sterben sie vorher, bevor sie dieselbe in eigner Person antreten können, dann haben sie den andern Competenten nicht im Wege gestanden, das richtigste also ist: man wartet ab.[112])

Die Verschiedenheit der Sachen hat natürlich auch im ältern römischen Recht nicht ohne rechtlichen Einfluß bleiben können, allein derselbe ist hier doch mit demjenigen, den sie anderwärts z. B. im ältern deutschen oder englischen[113]) Recht ausübt, gar nicht zu vergleichen. Von denjenigen rechtlichen Verschiedenheiten, die eine nothwendige Folge der natürlichen Verschiedenheit des Gegenstandes sind, z. B. daß Prädialservituten nur an unbeweglichen Sachen, Noxalklagen nur bei Thieren und Menschen möglich sind, ein Darlehn lediglich an Fungibilien, ein Nießbrauch nicht an Consumtibilien denkbar ist, kann natürlich nicht die Rede sein. Zu nennen sind nur der Gegensatz des praedia rustica und urbana (§. 33 Note 357) der res mancipi und nec mancipi, der Unterschied der Sachen mit und ohne jus postliminii, der einzige Ort im römischen Recht, wo das Heergeräthe eine, wenn auch bescheidenere Rolle als im deutschen Recht spielt. Der Unterschied der beweglichen und unbeweglichen Sachen ist, von einzelnen unbedeutenden Wirkungen (z. B. Verschiedenheit der Usucapionszeit ein und zwei Jahre) abgesehen, einflußlos geblieben. Der Besitz, das Eigenthum,

112) Das war der Gedanke der in den Pandekten 37, 3 de bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, caeco competente erwähnten bonorum possessio.

113) „Im englischen Recht hat sich mehr als in irgend einem andern Recht das Immobiliarrecht zu einem System für sich abgeschlossen." Gundermann Engl. Privatrecht I. 140. Einleitung XVI, XVII.

das Pfandrecht, das Erbrecht, die obligatio sind gegen denselben im wesentlichen völlig indifferent, sowohl hinsichtlich der Formen, durch die sie begründet und geltend gemacht werden, als hinsichtlich ihrer materiellen Wirksamkeit. Um dies zu würdigen, erinnere man sich der höchst einflußreichen Rolle, die das Grundeigenthum im ältern deutschen Recht spielt, und die so weit geht, daß man von einem verschiedenen Sachenrecht an Immobilien wie Mobilien gesprochen hat;[114]) ja selbst ein Vergleich des spätern römischen Rechts ist hier nicht ohne Nutzen.[115]) Es bewährt sich an diesem Beispiel wieder so recht das Wesen der römischen Abstraction. Von den natürlichen Unterschieden der Sachen abstrahirend, bemächtigt sie sich des abstracten Begriffs der Sache und operirt mit ihm, indem sie den Einfluß des natürlichen Moments völlig zurückweist. Eine Zersplitterung des Grundbegriffes, wie im germanischen Recht, in dem die Begriffe sich auflösten und spalteten, um an die natürlichen Unterschiede der Personen und Sachen sich anzuschließen, widerstrebte der Natur des römischen Rechts. So dürfen wir denn sagen, daß die Tendenz der Gleichheit und Generalisirung sich an den Sachen nicht minder bewährte als an den Personen.

---

114) Gerber deutsches Privatrecht §. 74. Das römische Eigenthum dagegen, die Usucapio, das Pfandrecht u. s. w. ist ganz derselbe Begriff für bewegliche wie unbewegliche Sachen. Am significantesten möchte es sein, daß sich das Erbrecht so gänzlich dem Einfluß dieses Unterschiedes verschlossen hat.

115) Ich mache auf folgende Punkte aufmerksam. 1. Heimliche Apprehension verschaffte früher den Besitz sowohl bei beweglichen wie bei unbeweglichen Sachen, später nur bei erstern. L. 7, 47 de poss. (41. 2) von Savigny Recht des Besitzes §. 31. 2. Auch an unbeweglichen Sachen war früher ein furtum möglich (Gaj. II. §. 51. Gellius XI. 18 §. 13 nach einer Notiz aus Sabinus de furtis: sed fundi quoque et aedium fieri furtum), nach späterm Recht nicht. 3. Veräußerungsverbote: fundus dotalis, praedia rustica und suburbana bevormundeter Personen. 4. Requisit der Präsenz der Sache bei der Mancipation, hinsichtlich der unbeweglichen späterhin aufgegeben (Gajus I. §. 121 . . . praedia vero absentia solent mancipari).

Wir haben dieſe Idee jetzt noch nach einer ſehr wichtigen Seite hin zu verfolgen, nämlich nach Seiten des Einfluſſes, den ſie auf die *Stellung des Richters* (worunter ich hier auch den Prätor verſtehe) ausgeübt hat. Es iſt oben (S. 78) die ältere Civilrechtspflege als eine Rechts*maſchine* bezeichnet, welche die Beſtimmung hatte, mit möglichſter objectiver Berechenbarkeit, Gleichmäßigkeit und Sicherheit den Umſatz der abſtracten Regel in concretes Recht herbeizuführen. Man könnte den alten Prozeß die dialektiſche Selbſtbewegung des Geſetzes nennen, eine legis actio in *dieſem* (ſubjectiv-genitiviſchen) Sinn. Darin liegt nun nicht bloß eine möglichſte Einengung des Richters in *prozeſſualiſcher* Beziehung (modus procedendi), ſondern eben ſowohl in *materieller* Beziehung, alſo eine Geſtaltung des Rechts, die den Einfluß des ſubjectiven Elements möglichſt ausſchließt. Nicht alſo bloß die *geſetzliche* Formulirung der Rechtsſätze — hiervon war ſchon bei Gelegenheit des Selbſtändigkeitstriebes die Rede — ſondern ein ſolcher *innerer Zuſchnitt* derſelben, der ſie einer rein mechaniſchen, ſchablonenartigen Anwendung fähig macht, es dem Richter ebenſowohl erſpart als verwehrt, das rein Individuelle des ihm vorgelegten Falles in Berückſichtigung zu ziehen.

Dieſer Geſichtspunkt hat in der That die Geſtaltung des ältern Rechts beſtimmt. Abgeſehn von der Beweisfrage, hinſichtlich deren der Richter zu jeder Zeit in Rom durch Regeln verhältnißmäßig ſehr wenig beſchränkt war, waren ihm in allen andern Beziehungen die Hände gebunden. Rückſichtlich des Prozeſſes werden wir an ſpätern Stellen Gelegenheit haben uns davon zu überzeugen, für das materielle Recht will ich einige Beiſpiele herausgreifen, die ganz beſonders geeignet ſind, dieſe Behauptung zu beweiſen und den großen Unterſchied zu veranſchaulichen, der in dieſer Hinſicht zwiſchen dem ältern und neuern Recht obwaltet.

Ich verweiſe zunächſt auf die rechtliche Behandlungsweiſe der *Zeit*. Die Friſten des ältern Rechts wurden *continue* berechnet d. h. für alle Perſonen und Verhältniſſe abſtract gleich,

ſo daß auf die Verhinderung des Berechtigten keine Rückſicht genommen ward, und ſelbſt die Unmöglichkeit der Beachtung der Friſt nicht gegen die nachtheiligen Folgen der Verſäumniß ſchützte. Bei denjenigen Friſten hingegen, die in ſpäterer Zeit der Prätor für ſeine Inſtitute einführte, trat die entgegengeſetzte Behandlung ein, ſie wurden utiliter d. h. ganz individuell berechnet, die Zeit alſo, in der ein Hinderniß für die Vornahme einer Handlung beſtand, nicht in Anſchlag gebracht.[115a]) Der Umſchwung in der Anſicht, der ſich in dieſem Gegenſatz verkörpert hat, wirkte auch auf die Behandlung der altcivilen Friſten wohlthätig zurück. Theils nämlich half der Prätor hinſichtlich ihrer im Falle entſchuldbarer Verſäumniß, z. B. wegen nothwendiger Abweſenheit durch Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, theils hielt der Prätor im Geiſte der neuern Rechtsbildung ſich für ermächtigt, die alten Friſten von vornherein je nach Umſtänden zu erweitern oder zu verengern.[116])

Ein anderes und zwar viel umfaſſenderes Gebiet, auf dem ſich meiner Anſicht nach die Differenz des ältern und neuern Rechts in hohem Maße bethätigt hat, iſt das Syſtem des Schadenserſatzes und Intereſſes (der richterlichen litis aestimatio). Der Gegenſatz der abſtracten Gleichheitstendenz und der individualiſirenden Behandlungsweiſe äußert ſich auf dieſem Gebiete als der der objectiven oder abſoluten und der ſubjectiven oder relativen Aeſtimation (Intereſſe). Das heißt, eine ſchuldige

---

115a) Bei den prätoriſchen Klagen, der restitutio in integrum und der Bon. possessio. Im Leben fand ſie ſich gewiß ſchon vorher, nämlich in der cretio vulgaris (Ulp. 22, 31, 32), ſpäter ging ſie auch in die Geſetze über, ſ. z. B. die Tab. Salpensana c. 27 triduo proxumo, quam appellatio facta erit poteritque intercedi.

116) z. B. hinſichtlich der Execution. Recht der XII Tafeln: Gellius N. A. 20, c. 1 (30 und 60 Tage), neueres Recht: Ulpian in l. 2 de re jud. (42. 1): qui pro Tribunali cognoscit, non semper tempus judicati servat, sed nonnumquam arctat nonnumquam prorogat pro causae qualitate et quantitate vel personarum obsequio vel contumacia.

Leiſtung oder ein Schaden läßt ſich entweder rein nach dem objectiven Geldwerth des geſchuldeten, beſchädigten, vernichteten[117] Objects taxiren, ſo daß alſo die rein individuellen Momente dieſes beſtimmten Forderungsverhältniſſes gar nicht mit in Rechnung kommen, oder umgekehrt letztere bilden den Maßſtab der Beurtheilung, ſo daß alſo der relative Werth einer Leiſtung von dieſem Beklagten an jenen Kläger, die nachtheilige Einwirkung der unterbliebenen Leiſtung oder des begangenen Delicts auf dieſes beſtimmte Vermögen ermittelt werden muß. Die objective Aeſtimation gelangt ſtets zu demſelben Reſultat, möge der Gläubiger dieſer oder jener ſein; ſie beſchränkt ſich ja lediglich auf den zunächſt getroffenen Punkt: die Sache; die Rückwirkung dieſes Punktes auf das ganze Vermögen — gerade der Umſtand, der eine Verſchiedenheit des Schadens in den einzelnen Fällen begründen könnte — iſt für ſie völlig gleichgültig. Die relative Aeſtimation hingegen verfolgt die Schwingungen der in Frage ſtehenden Thatſache innerhalb dieſes beſtimmten Vermögens, und je nach den beſondern Vorausſetzungen reichen dieſe oft weiter, oft weniger weit.

Dieſer Gegenſatz, der in der Natur der Sache begründet iſt, iſt auch im römiſchen Recht anerkannt; gewiſſe Verhältniſſe gehen auf ein „certum“ (ein ganz bezeichnender Ausdruck für objective Aeſtimation), gewiſſe auf ein incertum (relative Aeſtimation). Meiner feſten Ueberzeugung nach gehört dieſer Gegenſatz aber noch nicht dem ältern Recht an, ſondern letzteres hat lediglich die objective Aeſtimation gekannt, und die relative iſt erſt mit dem dritten Syſtem aufgekommen.[118] Da dieſe Behauptung auf

117) Bei Beſchädigungen der objective Betrag derſelben d. h. die Differenz im Preiſe der Sache vor und nach der That. Bei der act. quanti minoris tritt eine ähnliche Differenzberechnung ein.

118) Ganz ſo im deutſchen Recht. Stobbe zur Geſchichte des deutſchen Vertragsrechts S. 32: „Auch nach älterm deutſchen Recht kann man nur den urſprünglichen Gegenſtand des Vertrages oder ſeinen abſoluten Werth einklagen; Intereſſen und Verzugszinſen ſind dem deutſchen Recht im allgemeinen fremd.“ Wer ſie wollte, mußte ſie ſich durch acceſſo-

großen Widerſpruch ſtoßen dürfte, und ſie mir doch für die Charakteriſtik des ältern Rechts von erheblicher Wichtigkeit iſt, ſo bin ich gezwungen, ſie ausführlich zu rechtfertigen. Der Verſuch der Rechtfertigung wird uns, wie man auch über das Reſultat deſſelben denken möge, jedenfalls an charakteriſtiſchen Erſcheinungen des ältern Rechts vorbeiführen und dürfte alſo auch im ſchlimmſten Fall nicht ohne Nutzen ſein.

Es iſt erſichtlich, wie ſehr die abſolute Aeſtimation der ganzen Tendenz des ältern Rechts, die relative der des neuern entſpricht. Letztere, in das ältere Recht hineinverſetzt, würde hier eine fremdartige, völlig iſolirte Erſcheinung ſein, würde hier einen Boden vorfinden, auf dem ſie nicht gedeihen könnte, eine Umgebung, mit der ſie in Widerſpruch ſtände. Ein römiſcher Richter der ältern Zeit, im übrigen ſo ganz und gar auf die ſchablonenmäßige Anwendung des Rechts hingewieſen, der Berückſichtigung des individuellen Moments in den Rechtsverhältniſſen ſo völlig ungewohnt und unzugänglich, hätte ſich hier in das krauſe Gewirr rein individueller Vermögensbeziehungen vertiefen, einen Maßſtab anlegen ſollen, der ihm ſonſt grundſätzlich unterſagt war? Ich muß geſtehen, ich kann dies mit meiner ganzen Auffaſſung des ältern Rechts nicht reimen. Wenn der Richter die Zeitfriſten berechnet, ſo mißt er mit dem abſtract-gleichen Maß, und es kümmert ihn das rein Individuelle nichts; wenn er aber das Aequivalent für die ſchuldige Leiſtung berechnet, ſollte er jenen Maßſtab aufgeben und das Aequivalent mit Rückſicht auf das Intereſſe dieſes beſtimmten Klägers ermitteln? Hinſichtlich des Gegenſatzes zwiſchen dem tempus continuum und utile wiſſen wir, daß das eine Glied deſſelben der ältern, das andere der ſpätern Zeit angehört; ſollte es mit dem völlig gleichen Gegenſatz zwiſchen der objectiven und relativen Aeſtimation eine andere Bewandtniß haben?

Wie will man ihn denn ſonſt erklären? Und einer Erklärung bedarf er doch, denn eine ſolche zwieſpältige Behandlungsweiſe, ſo

riſchen Vertrag ausbedingen (S. 37 daſelbſt), ſpäterhin wurde derſelbe als ſich von ſelbſt verſtehend ſupponirt.

verſtändlich ſie wird, wenn man ſie wie im deutſchen Recht auf den Conflict der Rechtsanſchauungen verſchiedener Zeiten zurückführen kann, erſcheint abgeſehen davon höchſt befremdend. Man wird ſagen: die Verſchiedenheit des Maßſtabes hatte ihren Grund in der Verſchiedenheit der Verhältniſſe; nach Anſichten des Verkehrs ſei bei gewiſſen Verhältniſſen mit Rückſicht auf den Zweck und das Bedürfniß derſelben der abſolute Maßſtab ausreichend erſchienen, bei Verhältniſſen anderer Art, von anderem Zweck und Inhalt habe das Verkehrsbedürfniß den relativen Maßſtab erfordert. Ich glaube dieſen möglichen Erklärungsverſuch als völlig unhaltbar zurückweiſen zu können und zwar mittelſt einer Erſcheinung des ältern Rechts, die ich als das *Syſtem der indirecten Befriedigung des Intereſſes* bezeichne.

Mit dieſem Syſtem verhält es ſich folgendermaßen. Es gibt ein bekanntes, höchſt brauchbares Mittel zur Erledigung der Intereſſenfrage, welches darin beſteht, daß der Gläubiger ſich für den Fall der nicht rechtzeitig oder überall nicht erfolgenden Leiſtung eine beſtimmte Summe vom Schuldner verſprechen läßt. Es kann dieſe Vereinbarung mehr aus der Intention hervorgehen, den Schuldner durch die Ausſicht auf Strafe zur rechtzeitigen Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit zu veranlaſſen (Conventionalpön), oder ſie kann mehr *den* Sinn haben, daß die vorherige Vereinbarung der Partheien über den Betrag des Intereſſes den Gläubiger des ſchwierigen Beweiſes dieſes Punktes überheben ſoll.[118a]) Der Zweck des Gläubigers beſteht hier zwar in Deckung ſeines Intereſſes (eines incertum), allein die juriſtiſche Form, in der er dies erreicht, iſt die des certum; die richterliche Beurtheilung braucht hier alſo den Boden der objectiven Aeſtimation gar nicht zu verlaſſen. Dieſen Weg ſchlug nun in Rom ſowohl der Verkehr als auch die Geſetzgebung ein. Was erſteren anbetrifft, ſo finden wir in ſpäterer Zeit das Mittel einer

118a) Anerkennung dieſes Gegenſatzes von Seiten der römiſchen Juriſten l. 4 §. 7 de damn. inf. (39. 2) l. 7 §. 2 quod fals. (27. 6). F. *Mommſen* Zur Lehre vom Intereſſe S. 19.

vorherigen vertragsmäßigen Veranſchlagung des Intereſſes in ausgedehnteſter Weiſe benutzt,[119] ja ſelbſt im Prozeß wußte man daſſelbe mit Erfolg anzuwenden.[120] Um ſo eher läßt ſich dieſelbe Sitte für die ältere Zeit annehmen, und es leuchtet ein, daß der Verkehr vermöge dieſes Mittels im Stande war, das Syſtem der objectiven Aeſtimation ohne ſonderliche Nachtheile zu ertragen. Nur da war allerdings dies Mittel nicht ausreichend, wo nach der Natur des Verhältniſſes eine vorherige Stipulation ſich nicht denken ließ z. B. bei Delicten, bei dem Anſpruch des Pupillen gegen den Vormund u. ſ. w., und hier bedurfte es der Beihülfe der Geſetzgebung. Ohne dieſelbe würde der natürliche Anſpruch des Betheiligten auf Leiſtung des Intereſſes bei der herrſchenden Enge der Aeſtimation nicht zu ſeiner Befriedigung gelangt ſein; der Betheiligte würde nur den objectiven Werth der Verletzung erhalten haben, nicht den Erſatz der nachtheiligen Wirkungen der Verletzung auf ſein Vermögen. Die Geſetzgebung leiſtete dieſe Beihülfe in der obigen Form, d. h. ſie gewährte ein vom Standpunkt der objectiven Aeſtimation aus zu beſtimmendes, in der Regel mehr als ausreichendes Surrogat für das Intereſſe. Gewiß ſind uns nicht alle Beiſpiele erhalten, aber ſchon die vorhandenen genügen, um uns die Ueberzeugung zu gewähren, daß

---

119) Jede Seite der juſtinianiſchen Pandekten gibt Beiſpiele, z. B. war die stipulatio duplae für den Fall der Schadhaftigkeit oder Eviction der Sache ſo allgemein, daß ſie, wenn unterlaſſen, fingirt ward l. 31 §. 20 de aed. ed. (21. 1) l. 37 §. 1 de evict. (21. 2). Auch für die objective Aeſtimation von Sachen ſtellte ſich der Verkehr im voraus ſicher durch Vereinbarung über den demnächſt zu Grunde zu legenden Taxwerth der Sache z. B. bei der dos (ſ. g. aestimatio taxationis causa) und (wenn auch gewiß weniger häufig) bei der societas, dem commodatum, depositum u. ſ. w. l. 52 §. 3 pro socio (17. 2) l. 7 §. 5, l. 52 pr. de don. i. V. et U. (24. 1).

120) So z. B. bei der fructus licitatio der interdicta retinendae possessionis (Puchta Inſtit. Bd. 2 §. 169), bei den prätoriſchen Stipulationen, deren Faſſung auf beſtimmte Summen von den Juriſten ſehr anempfohlen ward, l. ult. de praet. stip. (46. 5): quoniam difficilis probatio est, quanti cujusque intersit.

wir es hier nicht mit einzelnen Beſtimmungen, ſondern mit einem conſequent durchgeführten Syſtem zu thun haben.

Seine höchſte Spitze[121]) erreicht dieſes Syſtem in der pecuniären Tarifirung gewiſſer Delicte z. B. der Injurien,[122]) des Abhauens fremder Bäume.[123]) Dies Mittel war jedoch nur in den wenigſten Fällen anwendbar, die Regel bildete vielmehr, daß die Strafe in einem Mehrfachen des Werths der verletzten Sache[124]) oder in einem ſonſtigen objectiv beſtimmbaren Zuſatz[125]) zu demſelben beſtand.

Auf die Delicte war jedoch dies Syſtem keineswegs beſchränkt,

---

121) Solche für alle Perſonen und Fälle ſich gleich bleibende Summen finden ſich auch anderwärts im ältern Recht z. B. bei der legis actio sacramento 50 und 500 Aß, bei der lex Furia 1000 Aß. Es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß die ſcheinbare Gleichheit, die ſie herſtellten, in der That zur äußerſten Ungleichheit führen konnte. Für die Tendenz der abſtracten, mechaniſchen Gleichheit des ältern Rechts iſt nichts bezeichnender, als daß der Reichſte ſowohl wie der Aermſte eine Injurie mit 25 Aß bezahlte und bezahlt erhielt, und daß die größte Verſchiedenheit in den Vermögensverhältniſſen in Bezug auf das durch die lex Furia limitirte Maximum der Legate einflußlos war.

122) Nach den XII Tafeln 25 Aß; bei ſchwerer Körperverletzung für Freie 300 Aß, für Sklaven 150 Aß.

123) Ebenfalls 25 Aß. nach demſelben Geſetz. Plinius H. N. 17 c. 1. — Auch das neuere Recht bedient ſich in manchen Fällen dieſes ganz zweckmäßigen Mittels der Tarifirung z. B. l. 42 de aed. ed. (21. 1) l. 1 pr. de his qui effud. (9. 3) l. 47 pr. de man. vind. (40. 4) l. 3 pr. de term. moto (47. 21) u. a.

124) Das Duplum, Triplum, Quadruplum, wie z. B. beziehungsweiſe bei der actio furti nec manifesti, furti concepti et oblati, furti manifesti, den Klagen gegen den Wucherer (Cato de re rustica, Prooem.), bei der dedicatio rei litigiosae l. 3 de litig. (44. 6) (Gajus lib. 6 ad leg. XII tabul.) u. ſ. w.

125) z. B. bei der act. legis Aquiliae, die urſprünglich nicht auf das Intereſſe, ſondern auf den objectiven Werth des letzten Jahres, beziehungsweiſe Monates ging, §. 10 I. ad leg. Aq. (4. 3) Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit etc., was ſich auch ohne dieſe Notiz aus andern Gründen deduciren ließe. Die Usurae rei judicatae nach Ablauf der viermonatlichen Friſt betrugen bis auf Juſtinian 24 p. C. l. 2 Cod. de usur. rei jud. (7. 54).

es erſtreckte ſich vielmehr auf Verhältniſſe aller Art. Manche reiperſecutoriſche Klagen gingen von vornherein auf das Doppelte[126]) ſo z. B. die actio rationibus distrahendis des Mündels gegen den Vormund,[127]) die Klage gegen den Mancipanten der Sache, wegen fehlender dicta promissa und wegen Evictionsleiſtung,[128]) die actio de tigno juncto gegen den, der wiſſentlich fremdes Baumaterial verbaut hatte, und bei allen in rem actiones[129]) wurde der Beklagte auf doppelte Früchte verurtheilt. Andere Klagen erhielten erſt durch das Läugnen des Beklagten die Richtung auf das Doppelte.[130]) Eine beſondere

126) Das Doppelte des Sachwerths erſchien den Römern als vollſtändiges Aequivalent des Intereſſes in der ältern ſowohl wie in der neuern Zeit. Ich erinnere z. B. an die cautio duplae beim Kauf, die Beſtimmung der lex Julia de adult. in l. 27 pr. ad leg. Jul. (48. 5). Hiermit hängt auch das Verbot der usurae supra alterum tantum und Juſtinians bekannte Beſtimmung über das Duplum beim Intereſſe (l. un. Cod. de sententiis quae pro eo, 7. 47) zuſammen.

127) Sie war keine Pönal-, ſondern eine reiperſecutoriſche Klage l. 55 §. 1 de admin. tut. (26. 7), v. Savigny, Obligationenrecht B. 1 S. 207. Denſelben Charakter hatte die auf's Doppelte gerichtete Klage gegen die Publicanen wegen Erpreſſung unzuſtändiger Abgaben, l. 5, 6 de publicanis (39. 4). Mit der actio depositi, von der Paulus Sentent. Rec. II. 12 §. 11 berichtet, daß ſie nach den XII Tafeln auf's Doppelte gegangen ſei, hatte es eine beſondere Bewandtniß, ſ. mein Schuldmoment im röm. Privatrecht, Gießen 1867, S. 32. (Vermiſchte Schriften S. 190.)

128) Varro de re rust. II c. 10. Paul Sent. Rec. II. 17 §. 3: si evincatur, auctoritatis venditor duplotenus obligatur. Cicero de offic. III. 16: Nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui esset infitiatus (nicht: wer dies in Abrede geſtellt hat, ſondern: wer dabei d. h. bei der Nuncupation die Unwahrheit geſprochen, eine falſche Verſicherung ertheilt hat) dupli poenam subiret. Daß dieſer Fall nicht zu den Litiscrescenzfällen gehört, hat Rudorff Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. B. 14 S. 423—455 überzeugend dargethan.

129) So wie bei der act. ad exhibendum. S. Bachofen Pfandrecht B. 1 S. 214 Anm. 6. Auch bei der ältern pignoris capio ſcheint der Betrag, um den man das Pfand auszulöſen hatte, ein höherer geweſen zu ſein als der urſprüngliche Betrag der Schuld, wenigſtens ſcheint mir dies aus Gaj. IV, 32 zu folgen.

130) Es gehören dahin z. B. namentlich die act. depensi des Bürgen

Beachtung verdient die condictio certi auf baares Geld. Dem Gläubiger, dem es um rechtzeitige Zurückzahlung seines Kapitals zu thun war, versagte hier das gewöhnliche Mittel einer Conventionalpön, denn letztere mußte sich, wo es sich um Geld handelte, innerhalb der Gränzen der erlaubten Zinsen halten,[132] damit aber war ihre Wirksamkeit sehr geschwächt und für den regulären Fall, daß Zinsen bis zum Betrage des gesetzlichen Maximums versprochen waren, völlig aufgehoben. Hier lag das Bedürfniß einer Hülfe von Seiten der Gesetzgebung vor. Dieselbe ward aber nur für den Fall gewährt, daß es wegen Läugnens des Beklagten zum Prozeß kam, und zwar in Form der sponsio tertiae partis[133] (wodurch der Kläger außer der Hauptschuld noch ein Drittheil mehr erhielt); gegen den geständigen Schuldner fiel diese Schärfung hinweg. Jedoch scheint es auch Fälle gegeben zu haben, in denen der geständige, aber säumige Schuldner zur Strafe für seine Zögerung ein solches Plus zu entrichten hatte; in der lex Julia municipalis ist uns ein solcher Fall aufbewahrt.[134]

---

gegen den Schuldner, die act. judicati, das Nexum, das Damnationslegat, das damnum injuria datum. Gaj. IV. §. 171. Es ist übrigens schon im ersten Bande S. 149, 150 ein Versuch zur Erklärung dieser Litiscrescenz gemacht.

132) Nach neuerm Recht ist dies völlig unbestritten; nicht bloß für den Fall des Darlehns, l. 44 de usur. (22. 1): Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest, sondern auch für den der Kaufgelder, l. 13 §. 26 de act. emti (19. 1), worin der Ausspruch von Papinian in Vat. fragm. §. 11 wiederholt wird: Si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestaretur, in fraudem constitutionum videri adjectum, quod usuram legitimam excedit. Daß man es in alter Zeit in dieser Beziehung anders gehalten hat, geht daraus hervor, daß sonst alle Zinsbeschränkungen illusorisch gewesen wären; der Gläubiger hätte das Zinsversprechen auf den gesetzlichen Betrag gerichtet und darüber hinaus sich unter dem Namen einer Conventionalpön beliebig mehr versprechen lassen.

133) Gaj. IV. §. 13, 171. Cic. pro Rosc. Com. c. 4, 5.

134) Lex Jul. munic. vers. 40—44. Wer seine Wegbaulast nicht erfüllt, auf dessen Kosten wird die Reparatur verdungen. Si is, qui adtri-

Aber handelt es ſich nun in allen dieſen Fällen um ein Surrogat des Intereſſes? Es würde verkehrt ſein, die beiden Geſichtspunkte der Strafe und des Intereſſes ſich ſchlechthin gegenüber zu ſtellen. In vielen Fällen ſind ſie nur die zwei verſchiedenen Seiten eines und deſſelben Verhältniſſes. Vom Standpunkt des Beklagten aus ſtellt ſich das, was er leiſtet, als eine Strafe dar, von dem des Klägers aus als eine Satisfaction im weiteſten Sinn d. h. eine Genugthuung ſowohl für die perſönliche Kränkung, die in der Rechtsverletzung liegt, als für ſeinen materiellen Verluſt. Wie wenig der eine Geſichtspunkt den andern ausſchließt, erhellt am beſten daraus, daß die Römer ſelbſt bei Klagen, die lediglich auf einfache Leiſtung des Schadenserſatzes gerichtet ſind, den Geſichtspunkt einer Strafe geltend machen.[135]) Der eingeſtandene Zweck der Klage iſt, dem Kläger ſein Intereſſe zu verſchaffen, und doch wird ſie vom Standpunkt des Beklagten als Pönalklage bezeichnet. Es ließe ſich auch noch auf die Conventionalpön verweiſen, die ebenfalls, obſchon ſie nur den Zweck hat, dem Kläger ein Surrogat für das Intereſſe zu gewähren, vom Standpunkt des Beklagten aus eine poena genannt

---

butus erit, eam pecuniam diebus XXX proxumis, quibus ipse aut procurator ejus sciet adtributionem factam esse, ei, cui adtributus erit, non solverit neque satisfecerit, is quantae pecuniae adtributus erit, tantam pecuniam et ejus dimidium ei cui adtributus erit dare debeto inque eam rem is quocunque de ea re aditum erit, judicem judiciumque ita dato, uti de pecunia credita (judicem) judiciumque dari oportebit. Eine Sponsio von Seiten des geſtändigen Schuldners wird in der lex Rubria c. 21 v. 4—8 erwähnt. Es werden dort zwei Fälle unterſchieden: 1) si is eam pecuniam in jure debere se confessus erit neque id, quod confessus erit, (a) solvet satisvefaciet aut (b) se sponsione judicioque uti oportebit non defendet 2) sive is in jure non responderit neque sponsionem faciet neque judicio u. ſ. w.

135) Die von Savigny ganz im Geiſt der römiſchen Auffaſſung ſo bezeichneten: einſeitigen Strafklagen. Gegen die Erben konnten ſie nur in quantum ad eos pervenit gerichtet werden, und hierin äußerte ſich namentlich ihre pönale Natur. Beiſpiele gewährt jedes Pandekten-Compendium bei Gelegenheit der Transmiſſion der Klagen z. B. Puchta §. 88 not. g.

wird. Mochte in einigen der obigen Fälle immerhin der Gesichtspunkt der Strafe der überwiegende sein, selbst hier wurde mindestens auch der Erfolg erreicht, dem Kläger das Interesse zu verschaffen.[136]) In manchen andern Fällen aber war umgekehrt der Gesichtspunkt des Interesses der prinzipale,[137]) der der Strafe der secundäre.

Fragen wir uns also, auf welche Weise befriedigte das ältere Recht den natürlichen Anspruch eines jeden Verletzten auf das Interesse, so kann die Antwort nur lauten: auf indirectem Wege durch Zuwendung eines Aversionalquantums, nicht aber auf directem durch Zulassung der Liquidation desselben.

Dies ist es aber allein, worauf es hier ankommt. Der Schluß, den wir darauf bauen, ist folgender. Jene indirecte Befriedigung des natürlichen Anspruchs auf das Interesse zeigt einmal, daß das ältere Recht einen solchen Anspruch als begründet anerkannte. Sodann aber beweist die indirecte Art und Weise, in der das ältere Recht diesen Anspruch befriedigte, daß der directe Weg einer Liquidation des Interesses ihm noch widerstrebte, und dies Widerstreben stimmt vollkommen zu dem ganzen Geist des ältern Rechts.

Der obige Einwand: Die Zwiespältigkeit der richterlichen Aestimation erkläre sich aus dem verschiedenen Zweck und Bedürfniß der Rechtsverhältnisse, ist also unhaltbar. Die innere Natur der auf ein certum gerichteten Obligationen sträubte sich keineswegs gegen die Berücksichtigung des Interesses, denn mittelbar ward dem Anspruch auf letzteres ja ein Genüge geleistet. Man könnte eher umgekehrt sagen: wenn bei ihnen in jedem einzelnen Fall, ohne daß es noch eines besondern Nachweises des Interesses

136) Die auf die dedicatio einer res aliena in sacrum gesetzte poena dupli — eine reine poena — motivirt Gajus in der l. 3 de litig. (44. 6) in folgender Weise: ut id veluti solatium habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est.

137) So z. B. bei der act. rationibus distrahendis, bei der Klage gegen die Publicanen. Anm. 127.

bedurft hätte, ein Surrogat für daſſelbe gewährt wurde, ſo liegt darin auf's deutlichſte, daß ſie in den Augen der Römer einen gerechten Anſpruch auf Berückſichtigung des Intereſſes begründeten. Warum aber ward derſelbe nur auf einem Umwege befriedigt, warum ſtand dem Verletzten, wenn der directe Weg überhaupt bereits bekannt war, nicht auch letzterer offen?[138]) Ich finde keine andere Antwort darauf als: weil der directe Weg überhaupt noch nicht exiſtirte. Conſequenterweiſe bin ich zu der Annahme gezwungen, daß die Verhältniſſe, bei denen ſich im ſpätern Recht die relative Aeſtimation findet, entweder in der ältern Zeit gar nicht klagbar waren, oder daß bei ihnen früher die objective Aeſtimation zur Anwendung kam. Der dritte Abſchnitt des gegenwärtigen Theils wird uns zu einer Betrachtung dieſer Verhältniſſe Veranlaſſung geben, und dort werde ich dieſe Frage wiederum aufnehmen.

Der Gegenſatz der bisher geſchilderten altrömiſchen und der particulariſirenden und individualiſirenden Behandlungsweiſe des

138) Als der directe Weg eingeſchlagen wurde, behielt man, wie einmal in der conſervativen Weiſe der Römer lag, für viele Verhältniſſe die Behandlungsart des ältern Rechts bei. Beim mutuum ließ ſich auch im neuern Recht nicht das Intereſſe liquidiren, während dies bei einem depositum irregulare von Geldſtücken möglich war (ſ. l. 3 de in lit. jur. 12. 3). — Bei einigen Verhältniſſen aber ging man von der objectiven zur relativen Aeſtimation über z. B. bei der act. injuriarum (aestimatoria d. h. Berückſichtigung der individuellen Verhältniſſe ſtatt der ein für alle Mal beſtimmten 25 Aß des ältern Rechts) und zwar geſchah es hier durch den Prätor. Sodann bei der act. leg. Aquiliae (ſ. Note 125). Hier vermittelte die Jurisprudenz den Fortſchritt auf rein innerlichem Wege, nämlich durch eine freiere Interpretation. Dieſe letzte Erſcheinung wird auch einen ähnlichen Vorgang bei der act. furti, nämlich den dort hervortretenden Conflict zwiſchen der objectiven und relativen Aeſtimation (cf. l. 50 pr. de furtis [47. 2] mit l. 27, l. 67 §. 1, 80 §. 1 ibid.) in's rechte Licht ſetzen, jedoch muß ich darauf verzichten, dieſen Nebenpunkt hier weiter auszuführen. Ferner bei dem interd. uti possidetis, wo noch Servius das quanti ea res est im objectiven Sinn nahm, während die ſpätern Juriſten darunter das Intereſſe verſtanden l. 3 §. 11 uti poss. (43. 17) und ähnlich wird der Entwickelungsgang beim int. unde vi geweſen ſein l. 6 de vi (43. 16) F. Mommſen a. a.

deutſchen Rechts iſt für das wiſſenſchaftliche Schickſal der beiden Rechte höchſt einflußreich geworden. Er läßt ſich als Gegenſatz der centripetalen und centrifugalen Richtung bezeichnen. Dort wirft ſich die bildende Kraft vorzugsweiſe auf das Centrum, hier auf die Peripherie. Nun kann man allerdings eben ſo wohl von der Peripherie zum Centrum, wie von dem Centrum zur Peripherie gelangen, aber leichter und ſicherer iſt der letztere Weg. Richtet das Recht ſeine Kraft von vornherein vorzugsweiſe auf die Ausbildung des Particulären und Beſonderen, ſo iſt es weit ſchwieriger, ſich von dieſem zum Generellen und Gemeinſamen zu erheben, als umgekehrt, wenn zunächſt das allen gemeinſame Centrum kräftig entwickelt iſt, von dieſem zu den Beſonderheiten hinunterzuſteigen. Denn um dort dies Ziel zu erreichen, müſſen erſt ſämmtliche einzelne Particularitäten, die vielleicht regellos auseinandergegangen ſind, in einen Kreis gerückt, muß mühſam erſt für ſie ein Mittelpunkt geſucht und feſtgeſtellt werden. Die Wiſſenſchaft des deutſchen Rechts gewährt uns hierfür einen ſchlagenden Beleg, und die Nachtheile der überwiegend centrifugalen Richtung des deutſchen Geiſtes ſind auf ihrem Gebiete nicht minder ſichtbar und fühlbar, als auf dem unſerer politiſchen Geſchichte.[140]) Wie es im Weſen des römiſchen Geiſtes lag zu cen-

---

O. S. 48. Ferner die act. de serv. corrupto, vergl. l. 9 §. 3 de serv. corr. (11. 3) mit l. 14 §. 7 ib. In welchem Maße dieſe Beiſpiele eines Ueberganges von der objectiven zur relativen Aeſtimation die im Text verfochtene Anſicht unterſtützen, brauche ich wohl nicht erſt zu bemerken.

140) Der wiſſenſchaftlichen Erforſchung des deutſchen Rechts ſteht gewiß noch eine große Ausbeute an „centralen" Geſichtspunkten bevor, an latenten höhern Rechtsprinzipien, die in den einzelnen Inſtituten ſich verwirklicht haben, für die aber noch die rechte Formel nicht gefunden iſt. Mit jeder ſolcher neuen Entdeckung wird die Kraft des deutſchen Rechts ſich verdoppeln und wird ein Stück des römiſchen Rechts von uns abfallen, ohne daß der Geſetzgeber zu dem Zweck ſeine Hand zu rühren hätte. Die Stärke der römiſchen, die Schwäche der germaniſchen Jurisprudenz liegt in der Ausbildung des centralen Moments, und hier iſt der Punkt, wo letztere den Kampf aufzunehmen hat, und wo ſie ihn mit großem Erfolg wird führen können. Dadurch daß unſer Recht nach dieſer Seite hin zu ſchwach war, iſt das römiſche

tralisiren (§. 20), so hat derselbe auch innerhalb des Rechts von Anfang an das centrale Moment vorzugsweise kräftig entwickelt. Die Summe der für alle Institute, Verhältnisse, Klassen von Personen u. s. w. gemeinsamen Rechtssätze ist hier ungewöhnlich groß, die Summe der den einzelnen Instituten, Verhältnissen u. s. w. eigenthümlichen ungewöhnlich klein. Auf die Vortheile dieser Behandlungsweise brauche ich kaum aufmerksam zu machen. Eine kräftige Entwickelung des Centrums kommt dem ganzen Kreise zu gute; was hier gewonnen wird, hat nicht bloß eine punktuelle Bedeutung, sondern eine universelle, es theilt sich sofort nach allen Seiten hin mit. Nirgends also lohnt sich der Kraftaufwand mehr als hier, nirgends ist es leichter, das Ganze zu übersehen, zu beherrschen und zu gestalten.

Dieser bleibende Gewinn, den das spätere Recht von dem Gleichheitstriebe des ältern gezogen hat, würde mit vorübergehenden Nachtheilen, die der Gleichheitstrieb für die ältere Zeit hätte haben können, nicht zu theuer erkauft worden sein. Ich mache diese Bemerkung nur, um daran die Warnung zu knüpfen, unsere heutige Anschauungsweise nicht in jene Zeit zu übertragen. Was für uns unerträglich sein würde und es auch für die Römer selber später ward, war der ältern Zeit völlig entsprechend.

III. Der Macht- und Freiheitstrieb.

I. Das System der Freiheit und Unfreiheit im allgemeinen.

XXX. Mehr als irgendwo scheint es mir bei der vorliegenden

Herr über uns geworden; wollen wir uns von letzterem befreien, so ist das nicht der rechte Weg, die Differenz zwischen unserer particularisirenden und individualisirenden Rechtsanschauung und der römischen centralisirenden zu constatiren — denn das heißt ja gerade bedauciren, wie nöthig uns das römische Recht war — sondern umgekehrt das centrale Moment der deutschen Rechtsanschauung zu cultiviren, nachzuweisen, daß wir nicht so arm sind als man glaubt, nicht nöthig haben, unsern Bedarf an centralen Gesichtspunkten lediglich vom römischen Recht zu borgen.

Frage erforderlich zu sein, der Darstellung des ältern Rechts eine Rechtfertigung des Gesichtspunktes vorauszuschicken, unter dem ich dasselbe beurtheilen werde. Die Freiheit gehört zwar zu den Worten, die jeder im Munde führt, trotzdem aber kann ich dem Leser eine Ausführung über die Bedeutung der Freiheit nicht ersparen, denn die richtige Auffassung ist keineswegs, selbst nicht einmal innerhalb der Wissenschaft, so verbreitet, daß es genügte einfach darauf Bezug zu nehmen. Es gilt vornehmlich im folgenden einer Anschauungsweise entgegen zu treten, die in einem mangelnden Verständniß für das Wesen der Freiheit ihren Grund hat, und die sich nicht bloß in unsern Zuständen und Einrichtungen seit geraumer Zeit verkörpert, sondern — was uns hier ja zunächst berührt — für das römische Recht die schiefsten und verkehrtesten Urtheile zur Folge gehabt hat. Wenn ich nun zwar nur im Interesse des letzteren veranlaßt bin gegen jene Anschauungsweise zu polemisiren, so glaube ich mein Ziel doch nicht besser erreichen zu können, als wenn ich den apologetischen Zweck zunächst außer Augen setze und jene Auffassungsweise ganz abgesehn vom römischen Recht einer Kritik unterwerfe.

Einer der fundamentalsten Divergenzpunkte der positiven Rechte ist die Art und Weise, wie die Gesetzgebung für die Zwecke und Aufgaben der Gemeinschaft thätig wird. Sie kann es in einer Weise, daß sie sich im wesentlichen darauf beschränkt, lediglich die Voraussetzungen für die Verfolgung dieser Ziele und Aufgaben herzustellen und zu sichern, höchstens eine indirecte Beihülfe zu gewähren, während sie die eigentliche Arbeit der freien Thätigkeit des Volks (der Einzelnen, Corporationen, Gemeinden u. s. w.) überläßt, so daß mithin letztere als die eigentliche vis agens des ganzen Systems erscheint. Dieses System, das nach einer einzelnen Seite hin unter dem Namen der Selbstregierung bekannt ist, nenne ich das System der Freiheit. Den Gegensatz dazu bildet ein System, bei dem die Gesetzgebung und Regierung

die eigentliche Arbeit selbst in die Hand nimmt,[141]) positiv durch Gesetz und Zwang die Erreichung jener Ziele zu bewerkstelligen sucht; ich nenne es das des Zwanges oder der Unfreiheit.[142]) Der Gegensatz ist begreiflicherweise kein absoluter, denn es hat weder einen Staat gegeben, der Alles, noch einen, der Nichts der freien Thätigkeit des Volks hätte überlassen können. Aber eine ungeheure Verschiedenheit findet doch in dieser Beziehung Statt, und um dieselbe bestimmen zu können, wird es erlaubt sein, jene beiden Systeme in ihrer supponirten Denkbarkeit zu Endpunkten einer Scala zu machen und in ihrer Gegensätzlichkeit zu charakterisiren.

Es gibt eine Auffassungsweise — und es ist die, welche ich oben im Auge hatte — bei welcher der Vergleich beider Systeme unbedingt zu Gunsten des Systems der Unfreiheit ausfallen muß — eine Auffassungsweise, die aus verschiedenen Gründen viel Verführerisches hat und den Schein einer tief sittlichen Würdigung des Rechts für sich anzuführen vermag. Ausgehend von dem an sich richtigen Gedanken der sittlichen Mission des Staats findet sie in dem System der Freiheit lediglich das Walten der bloßen Subjectivität, in dem der Unfreiheit hingegen die Herrschaft objectiver sittlicher Prinzipien[143]) — dort Indifferentis-

141) Von den modernen Völkern repräsentirt vorzugsweise das englische das erste, das französische das zweite.

142) Von der Staatsform, ob dieselbe eine Monarchie oder Republik ist, sind beide Systeme unabhängig, das System der Unfreiheit ist eben sowohl in einer Republik möglich (wie das Beispiel Sparta's in alter Zeit und der französischen in neuerer Zeit zeigt) als das der Freiheit in einer Monarchie, z. B. in England. Es zeigt so recht die Unreife und innere Unwahrheit des Freiheitsgefühls, wenn man zu gleicher Zeit für die Republik schwärmen und doch dabei mit dem System der Unfreiheit harmoniren kann. Man würde gleichgültiger gegen die Form der Staatsverfassung sein, wenn man für die wahre Freiheit mehr Sinn hätte.

143) Ich wähle die Ausdrücke, deren Schmidt sich in seinem Buch über den prinzipiellen Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht (Note 43) bedient hat. Der Grundgedanke desselben ist ein gänzlich verfehlter, er beruht auf jenem Trugschluß, den ich im Text aufzudecken

mus des Staats gegen seine höchsten Aufgaben, die Ueberantwortung derselben an den Zufall, insofern ja der gute Wille der Individuen Zufall ist, — hier die Hingabe des Staats an seinen wahren Beruf, die praktische Anerkennung und Realisirung jener objectiven Prinzipien. Wenn es einmal, so könnte man argumentiren, Aufgabe des Staats ist, die höchsten Ideen: das Gute, Wahre, Schöne, Zweckmäßige u. s. w. zu verwirklichen, warum dieselben noch erst in Frage stellen, indem er sie dem freien Willen des Individuums oder Volks, also dem Zufall überläßt; warum bloß wünschen und hoffen, wenn der Staat den Erfolg, wie er es ja auf dem kürzesten und sichersten Wege durch das Gesetz vermag, mit Nothwendigkeit herbeiführen kann? Was dürfte ihn abhalten? Etwa die Rücksicht auf das Individuum? Aber das Individuum muß ja jene Prinzipien als für sich verbindlich anerkennen, und in demselben Maße, in dem sie zur Geltung gelangen, steigert sich auch das individuelle Wohl und der innere Frieden des Subjects. So wird also durch jenes System die Ordnung und das Gedeihen der sittlichen Welt erst wahrhaft von dem Zufall des subjectiven Beliebens emancipirt, zur objectiven Nothwendigkeit und zur Höhe der physischen Weltordnung erhoben. Sie ist damit der Eigenschaften theilhaftig geworden, die wir an der letzteren mit so vollem Recht bewundern — der Regelmäßigkeit, Sicherheit, Berechenbarkeit.

---

versucht habe. Es stände schlimm um die germanischen Völker, und sie würden mit China und den orientalischen Völkern auf Eine Stufe rangiren, wenn sie in ihrem Recht das „Prinzip der Subjectivität" nicht anerkannt hätten. Man sollte nach dem Schmidt'schen Buch glauben, als ob nicht Gott, sondern der Teufel den Trieb nach Freiheit in des Menschen Brust gepflanzt habe. Denn wenn ersteres, gehört dann nicht das Prinzip der Freiheit mit zu den objectiven Prinzipien, verträgt es sich nicht mit dem Schmidt'schen „Sittengesetz"? Einer solchen Ansicht gegenüber, die sich den Schein einer tief sittlichen zu geben versucht, hielt ich es nicht für überflüssig, für die legitime Abstammung der Freiheit aus der Sittlichkeit eine Lanze zu brechen, ohne aber meinem Gegner dabei in seine Irrgänge, bei denen der rechtliche und moralische Gesichtspunkt in unglaublicher Weise durcheinander geworfen werden, weiter folgen zu können.

Die Zeit liegt noch nicht fern, wo dieſe Anſchauungsweiſe die Geſetzgebung wie die Wiſſenſchaft völlig beherrſchte,[144]) wo es als etwas Großes und Erhabenes erſchien, das friſche freie Leben und Weben in der ſittlichen Schöpfung, die ſittlichen Naturkräfte, wenn ich ſo ſagen darf, zu verdrängen und dafür den Mechanismus eines Uhrwerkes zu ſubſtituiren, bei dem man ſich von allen nicht actenmäßigen und geſetzlich conceſſionirten Kräften und Einflüſſen unabhängig gemacht und die Bewegung ganz in ſeine eigene Hand gebracht zu haben glaubte. Allerdings hat ſich ſeitdem ein Umſchwung vorbereitet, aber wir ſtehen doch erſt am Anfang deſſelben, denn jene Anſchauungsweiſe hat ſich nicht bloß in unſern Einrichtungen, Zuſtänden, Geſetzen u. ſ. w., ſondern auch in der Anſicht ſowohl des Volks wie der Regierungen ſo eingewurzelt, daß noch eine lange, lange Zeit über dem Verlauf dieſes Prozeſſes verfließen dürfte. Es handelt ſich um eine Veränderung nicht ſowohl in der Anſicht als in dem

144) Die Philoſophie ſympathiſirte darin mit der Jurisprudenz. Auch ihr war auf ihrem Gebiet die Freiheit nicht weniger unbequem als der Jurisprudenz auf dem des Rechts, auch ihr galt das Geſetz, die logiſche, dialektiſche Nothwendigkeit als das Höchſte, dem ſie willig die Perſönlichkeit zum Opfer brachte. So läugnete ſie die Perſönlichkeit und Freiheit Gottes, drückte in der Philoſophie der Geſchichte die Perſönlichkeiten zu bloßen Momenten des dialektiſchen Prozeſſes herab u. ſ. w. Das ſittliche Univerſum, wie ſie es ſich conſtruirte, verdiente es nicht mit ganz anderm Recht als die Natur die Schiller'ſchen Vorwürfe:

Gleich dem todten Schlag der Pendeluhr
Dient ſie knechtiſch dem Geſetz der Schwere
Die entgötterte Natur —?

Kann es Wunder nehmen, daß in einer ſolchen Zeit, die gleichmäßig in der Wiſſenſchaft wie im Recht die Perſönlichkeit bekriegte, die Perſönlichkeiten und Charaktere nicht gedeihen wollten, wenigſtens da nicht, wo ſie dem antiperſönlichen Luftzug der Zeit vorzugsweiſe ausgeſetzt waren? Oder müſſen wir das Cauſalverhältniß hier umdrehen? Die Philoſophie hat hieran die Richtigkeit ihrer Selbſtcharakteriſtik als „die Zeit in Form des Bewußtſeins" bewährt, und ſie dürfte daher auch in demſelben Maße, in dem das Moment der Freiheit und Perſönlichkeit reell an Bedeutung gewinnt, daſſelbe auf ihrem Gebiete zur Anerkennung bringen.

Charakter und dem Rechtsgefühl des Volks, und derartige Umwandlungen vollziehen sich bekanntlich mit äußerster Langsamkeit.

Versuchen wir jenes System des täuschenden Scheines, mit dem es sich umgibt, zu entkleiden und es in seiner wahren Gestalt zu erkennen.

Zunächst müssen wir den obigen Vergleich der moralischen und physischen Weltordnung als eine Entwürdigung der ersteren entschieden zurückweisen. Denn das Wesen der ersteren ist die Freiheit, das der letzteren die Nothwendigkeit, und es kann nicht Aufgabe der ersteren sein, gerade diesen ihren specifischen Vorzug aufzugeben, um damit die Regelmäßigkeit, Berechenbarkeit u. s. w. der letzteren zu erkaufen. Der Staat als der Organismus der Freiheit kann allerdings, um dies zu sein, das Moment der Nothwendigkeit nicht entbehren, er hat Eine Seite, nach der er wirklich der Natur mit ihrer Nothwendigkeit verwandt ist, d. h. zu Gesetzen und äußerem mechanischen Zwang seine Zuflucht nehmen muß. Aber je mehr er ohne die dringendsten Gründe diese Seite entwickelt, also das Element der Freiheit beschränkt, verkürzt, um desto mehr steigt er von der Höhe seiner Bestimmung, die ihn über die natürliche Welt erhebt, zu dem niedern Standpunkt der letzteren hinunter. Was dem Menschen der Leib, das ist dem Staat die durch den Zwang erstrebte Gleichmäßigkeit und Festigkeit der äußeren Ordnung. Bei beiden ist der Leib nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck — die Unterlage und das Instrument für das freie Walten des Geistes.

Vom Utilitäts-Standpunkte aus betrachtet möchte nun immerhin der Zwang sich mit der Freiheit messen können, der Wohlstand des Volks, die äußere Ordnung und Moralität u. s. w. unter jenem nicht minder gedeihen als unter dieser — obgleich die Erfahrung bekanntlich das Gegentheil lehrt; denn die Unfreiheit ist nie weder des moralischen noch intellectuellen Schwunges der Freiheit fähig; das Gängelband, das man ihr angelegt hat, hindert sie häufiger an der Bewegung, als daß es ihr dieselbe erleichtert. Aber selbst wenn sie äußerlich glänzendere Resultate aufzuweisen

hätte als die Freiheit, was würde dieser Mehrgewinn bedeuten, wenn er durch eine Einbuße an unschätzbaren innern Gütern und immateriellen Werthen erkauft werden müßte? Denken wir uns: einem Volke, das bisher unter dem System der Freiheit lebte, würde durch äußere Gewalt das entgegengesetzte aufgezwungen. Die nachtheiligen Einwirkungen auf seinen Charakter würden bald sichtbar werden, sein Selbstvertrauen, sein Unternehmungsgeist, seine Thatkraft müßten nothwendigerweise abnehmen, denn jede Eigenschaft nimmt ab, wenn sie nicht geübt werden kann; jene Eigenschaften haben nur auf dem Boden der Freiheit rechtes Gedeihen, weil sie nur hier möglich und unentbehrlich sind.

Aber der Werth der rechtlichen Freiheit liegt nicht bloß in dem, was sie materiell leistet und hervorbringt, sondern in ihrer sittlichen Bestimmung. Als bloße Negation, als bloßer Zustand des Nichtbestimmtwerdens von außen hat sie keine ethische Berechtigung, sie gewinnt dieselbe vielmehr erst dadurch, daß eine positiv schöpferische Kraft, der Wille, sie zu ihrer Voraussetzung hat. Der Wille ist das schöpferisch gestaltende Organ der Persönlichkeit, in der Bethätigung dieser Schöpferkraft erhebt letztere sich zur Gottähnlichkeit. Sich als Schöpfer einer noch so kleinen Welt fühlen, sich abspiegeln in seiner Schöpfung als etwas, das *vor* ihm nicht da war, das nur *durch* ihn geworden, — das ist es, was dem Menschen das Gefühl seines Werthes und die Ahnung seiner Gottebenbildlichkeit gewährt. Das Wissen vermag ihm dies nicht zu gewähren, der Ruhm des Wissens ist der Ruhm des Spiegels, der die Dinge getreu reflectirt, aber der Ruhm des Willens ist der Ruhm der That — der Kraft, welche die Dinge selber gestaltet, die Weltschöpfung fortsetzt. Nur soweit das Wissen in und durch den Willen zur *That* drängt, erhebt es sich gleich ihm zur Höhe einer *ethischen* Thatsache.

Jene schöpferische Thätigkeit zu entfalten, ist das höchste Recht des Menschen und ein unentbehrliches Mittel zu seiner sittlichen Selbsterziehung. Sie setzt die Freiheit, also auch den Mißbrauch derselben: die Wahl des Schlechten, Zweckwidrigen, Unverständi-

gen u. ſ. w. voraus, denn als unſere Schöpfung läßt ſich nur das betrachten, was frei aus der Perſönlichkeit hervorgegangen iſt. Den Menſchen zum Guten, Vernünftigen u. ſ. w. *zwingen*, iſt nicht ſowohl darum eine Verſündigung gegen ſeine Beſtimmung, weil ſie ihm die Wahl des Entgegengeſetzten *verſchließt*, als weil ſie ihm die Möglichkeit, das *Gute* aus *eigenem* Antriebe zu thun, entzieht.[144a])

Der Wille erlangt erſt im Staat die Möglichkeit geſicherter Verwirklichung, und es iſt eine Verpflichtung des Staats, den productiven Beruf des Willens als rechtliche Macht und Freiheit anzuerkennen und zu ſchützen. Aber in welcher Ausdehnung? Die Erfahrung zeigt überall das Beſtehen von geſetzlichen Beſchränkungen der Freiheit, die lediglich vom Standpunkt des Individuums aus betrachtet nicht zu deduciren wären, zu denen alſo der Staat nicht berechtigt wäre, wenn er bloß die Aufgabe hätte, die ſubjective Freiheit zu realiſiren. Daß dieſe letztere Suppoſition unrichtig iſt, daß alſo dem Staat das Recht zu einem derartigen Eingreifen in die individuelle Freiheitsſphäre nicht beſtritten werden kann, darüber braucht heutzutage kein Wort verloren zu werden. Aber wie weit reicht dies Recht? Darf der Staat alles, was ihm gut, ſittlich, zweckmäßig erſcheint, zum Geſetz erheben, ſo gibt es für dieſes Recht keine Schranken, und das oben deducirte Recht der Perſönlichkeit iſt in Frage geſtellt; die Bewegung, die er ihr verſtattet, hat dann bloß den Charakter einer Conceſſion, iſt ein reines Gnadengeſchenk. Dieſe Anſicht von der alles verſchlingenden und alles aus ſich erſt wieder gebärenden Omnipotenz des Staats iſt trotz des glänzenden Gewandes, in das ſie ſich ſo gern zu kleiden liebt: jener hochtönenden Phraſen von Volkswohl, Verfolgung objectiver Prinzipien, Sittengeſetz — ſie iſt und bleibt die wahre Ausgeburt der Willkür, die Theorie des Despotismus, möge ſie von einer Volksverſamm-

144a) Seneca de benef. III. 7: desinit res esse honesta, si necessaria est.

lung oder einem absoluten Monarchen zur Anwendung gebracht werden. Sie anzunehmen bedeutet für das Individuum einen Verrath an sich selbst und seiner Bestimmung, einen sittlichen Selbstmord! Die Persönlichkeit mit ihrem Anrecht auf freie schöpferische Thätigkeit ist nicht minder von Gottes Gnaden als der Staat, und es ist nicht bloß ein Recht, sondern eine heilige Pflicht des Individuums, dieses Anrecht geltend zu machen und auszuüben. Aber die Persönlichkeit steht zugleich nicht allein für sich; sie bildet vielmehr ein Glied eines höhern sittlichen Organismus, dessen Dasein nicht minder als das ihrige auf göttlicher Einsetzung beruht, der seine Mission ebenfalls von Gott erhalten hat: des Staats. Beide beschränken sich gegenseitig, aber sie schließen sich weder aus, noch leiten sie ihre Rechte der eine vom andern ab, der Staat so wenig von dem Individuum, wie einst die naturrechtliche Theorie lehrte, noch das Individuum vom Staat.

Die sittliche Mission des Staats! Ist mit diesem dehnbaren Begriff nicht die Religion, die Sittlichkeit, der Wohlstand, die künstlerische und wissenschaftliche Bildung u. s. w., kurz alles, was das Volk sein und werden, haben und leisten kann, der Obhut und Pflege des Staats anvertraut? Gewiß; aber alles kommt auf die Art an, wie er jene Mission begreift, und damit langen wir wieder bei einem bereits berührten Punkt an. Der Staat kann sie nämlich in der Weise auffassen, daß er selber d. h. als Staatsgewalt jene höchsten Aufgaben des Gattungslebens durch positives Gebot mit Gewalt zu verfolgen habe; dies ist die Weise, gegen die das Prinzip der persönlichen Freiheit Protest einlegt, weil letztere zu einer Arbeit *gezwungen* wird, in deren *freiwilliger* Verrichtung gerade ihre Aufgabe und Ehre besteht — unser System der Unfreiheit. Den Gegensatz dazu bildet das bereits oben bezeichnete System der Freiheit, bei dem der Staat sich darauf beschränkt, die Erreichbarkeit jener Ziele bloß zu *ermöglichen* und zu *erleichtern*, die Verfolgung selbst aber dem freien Walten des sittlichen Geistes und der Selbstthätigkeit der nationalen und individuellen Intelligenz anheimstellt. In

dieſem Syſtem erſcheinen die Staatsidee und die Idee der Freiheit im Einklang, und dieſes Syſtem iſt daher das abſolute Ideal, dem jedes Volk nachzuſtreben hat.

Die bisherige Erörterung hatte zum Zweck, die Unvollkommenheit des Syſtems der Unfreiheit nachzuweiſen. Wie nun aber das Unvollkommene relativ berechtigt ſein kann, ſo verhält es ſich auch mit dieſem Syſtem. Nicht jedes Volk iſt für die Freiheit reif, und ohne Reife hat das Syſtem der Freiheit keine ſittliche Berechtigung. Es verhält ſich in dieſer Beziehung mit den Völkern, wie mit den Individuen; auch ſie bedürfen der Zucht in den Jahren der Unmündigkeit, und dieſem Zweck dient bei ihnen eben das Syſtem der Unfreiheit. In inſtinktartigem Gefühl ihrer Schwäche und ihres Bedürfniſſes erſcheint ihnen dann daſſelbe nicht bloß nicht als eine Laſt, ſondern als etwas Natürliches und Nothwendiges. *Ihr Rechtsgefühl reicht über ihre Kräfte nicht hinaus*, und es würde daher das entgegengeſetzte Syſtem als ein berechtigtes gar nicht begreifen können. Dies iſt z. B. im weſentlichen der Standpunkt der orientaliſchen Völker; der Gedanke der perſönlichen in dem Subjecte ſelbſt wurzelnden Freiheit iſt ihnen nie aufgegangen und würde ihnen in manchen Anwendungen, z. B. auf religiöſem Gebiete, geradezu ein Gräuel ſein.

Die Kritik und Abwehr des Syſtems der Unfreiheit hat uns zugleich poſitiv die Rechtfertigung des entgegengeſetzten Syſtems gegeben, aber hinſichtlich des letzteren bedarf es noch einer Bemerkung.

Wenn wir im bisherigen nachzuweiſen verſucht haben, daß gerade die ächte Sittlichkeit das Syſtem der Freiheit poſtulire, ſo iſt dies nicht ſo gemeint, als ob daſſelbe überall, wo es ſich hiſtoriſch zeigt, aus einer ſolchen ſittlich würdigen Auffaſſung hervorgegangen ſei. Vielmehr kann es eben ſowohl ein Ausfluß der gerade entgegengeſetzten Anſchauung, ein Ausdruck ſittlicher Rohheit und Zügelloſigkeit ſein. Der ſittliche Menſch begehrt die Freiheit, weil er das Gute aus *eigenem Antrieb* zu thun wünſcht, der Schlechte, weil er ungehindert ſeinen böſen Neigungen folgen will;

dieſer haßt den Zwang, weil er ihn zur Ordnung und zum Guten zwingt, jener, weil er ihn dazu zwingt. So findet ſich denn das Syſtem der Freiheit ebenſo wohl auf der niedrigſten Stufe der Cultur und Sittlichkeit als auf der gerade entgegengeſetzten. Daſſelbe läßt ſich als ein weiter Rahmen bezeichnen, der den verſchiedenartigſten realen Inhalt in ſich aufnehmen und nach Verſchiedenheit deſſelben in Wirklichkeit ebenſo wohl ein Syſtem ſittlicher Rohheit, politiſcher Unreife, ökonomiſcher Indolenz, als ein Syſtem hoher ſittlicher, politiſcher, ökonomiſcher Entwicklung ſein kann. In beiden Fällen werden ſittliche Prinzipien und höhere Ideen in den Geſetzen nicht ſichtbar; aber in dem einen Fall, weil ſie dem Volk fehlen, in dem andern, weil ſie der Beihülfe des Geſetzes nicht bedürfen. Dort ſteht das Syſtem der Freiheit ebenſo weit unter, als im letzteren Falle weit über dem Syſtem der Unfreiheit, — eine Scala, deren unterſte Stufe Willkür und Rohheit, die mittlere Zucht und Zwang, die höchſte die wahre Freiheit iſt.

Da dem bisherigen nach der ſittliche Höhepunkt des Syſtems der Freiheit ſehr variiren kann, ſo iſt es Sache der hiſtoriſchen Forſchung, denſelben im einzelnen Fall zu ermitteln. Sie wird zu dem Zweck den Charakter, die Culturſtufe, die religiöſen und ſittlichen Vorſtellungen dieſes Volks, vor allem aber die Sitte in's Auge zu faſſen haben.[145]) Letztere iſt hier von unendlich höherer Bedeutung als im Syſtem der Unfreiheit, wie ſich dies bei Gelegenheit des ältern römiſchen Rechts ergeben wird. Die altrömiſche Sitte ſoll uns als Kommentar des altrömiſchen Rechts dienen und uns die Ueberzeugung gewähren, daß nicht Rohheit, Grauſamkeit und ſittlicher Indifferentismus, ſondern

145) Wie verkehrt alſo der Schluß iſt, daß dieſe Prinzipien, weil ſie nicht die Form des Geſetzes oder Rechtsſatzes angenommen haben, einem Volke fremd geblieben oder wenigſtens bei ihm nicht die rechte Anerkennung gefunden, erhellt aus dem bisherigen von ſelbſt. Auf dieſem Fehlſchluß beruhen die ſchiefen Urtheile über den unſittlichen Charakter des ältern römiſchen Rechts.

ein reges, kräftig entwickeltes und seiner sittlichen Verantwortlichkeit vollkommen bewußtes Freiheitsgefühl es war, das in den Einrichtungen des alten Rechts seine Befriedigung suchte.

II. Das römische System.

A. Die Stellung des Individuums.

1. Die Freiheit und Macht das Ziel des subjectiven Willens.

Die römische Herrschsucht im allgemeinen — Die politische und persönliche Freiheit. — Die abstracte privatrechtliche Freiheit und die effective Gebundenheit des Subjects. — Die Sitte und die Macht der öffentlichen Meinung in Rom. — Das System der privatrechtlichen Autonomie in seinen einzelnen Theilen.

Tu regere imperio populos Romane memento.

XXXI. Mit dem Gedanken der Macht und Freiheit nennen wir den psychologischen Urquell des römischen Wesens, jenen Gedanken, der die Thatkraft des Einzelnen wie des Staats in unausgesetzter Spannung erhielt und zur höchsten Entwickelung steigerte, und dessen Verwirklichung daher den vornehmlichsten Inhalt der römischen Geschichte bildet.

In ihrem äußeren Auftreten hat die römische Herrschsucht nichts Gewinnendes. Blutige Spuren, Trümmer und Leichen bezeichnen den Weg, den sie genommen; an dem Triumphwagen römischer Größe klebt das Mark zermalmter Völker. Diese dunkle Kehrseite der Sache ist nicht zu entfernen, aber man hüte sich davor, sich dadurch zu einem ungerechten Urtheil gegen die Römer hinreißen zu lassen und das sittliche Moment der römischen Herrschsucht zu übersehen; hinsichtlich ihrer Großartigkeit ist dies kaum zu befürchten. Die Liebe zur Herrschaft ist nicht schlechthin sittlich unberechtigt. Sie ist es nur da, wo sie nicht aus einem innern Beruf zum Herrschen hervorgeht, sich in kleine Seelen verirrt, denen es an der moralischen Kraft gebricht, die sie vor-

ausſetzt, wo ſie nicht um ihrer ſelbſt willen geliebt wird, ſondern nur als Mittel zur Befriedigung der Genußſucht, Eitelkeit, Laune u. ſ. w. Es gibt aber auch eine ſittlich berechtigte Liebe zur Herrſchaft, eine Liebe derſelben um ihrer ſelbſt willen, eine Liebe, die aller Opfer und Anſtrengungen fähig iſt, und die aus dem Gefühl eines Berufs zum Herrſchen hervorgeht. Wo eine ungewöhnliche moraliſche Kraft vorhanden iſt, wird auch der Trieb zur Geltendmachung derſelben empfunden werden, und was iſt hier die Herrſchſucht anders, als die innere Stimme, die an den Beruf mahnt?

Dieſer Art war die Herrſchſucht der Römer, bevor ſie degenerirte. Nicht Genußſucht war es, was ihnen in ihrer guten Zeit die Herrſchaft werth machte; ein müheloſer Beſitz würde ſie gar nicht befriedigt haben. Für ſie galt, was Leſſing von dem Streben nach Wahrheit ſagt: nicht in dem Ziel, dem ſichern Beſitz, ſondern im Wege, im Streben und Suchen lag der Reiz; der Zuſtand der äußerſten Anſpannung der Kräfte, das Erproben der eigenen Stärke an den äußeren Hinderniſſen, die Gefahr, der Kampf als ſolcher war ihnen ein Bedürfniß; man möchte ſagen, es war eine Naturnothwendigkeit für ſie, der gewaltigen Kraft, die in ihnen drängte und Auslaß begehrte, ſich zu entledigen. Selbſt die Spiele mußten in Rom dieſem Zweck dienen; ihr hauptſächlichſter Reiz lag in der Aufregung und Spannung, in welche die Gefahr auch den unbetheiligten Zuſchauer verſetzt. Aber dies Entlaſſen der Kraft war kein wildes Sich Retten vor ſich ſelbſt, dem blinden Walten der Naturkraft vergleichbar, die römiſche Kraft ſchlug vielmehr geregelte Bahnen ein, diente mit ſtets ſich gleich bleibender Anſpannung einem bewußten Zweck, dem Zweck, den römiſchen Staat in der Welt zur Herrſchaft zu bringen. Dieſe Herrſchaft erſchien den Römern nicht als Uſurpation, ſondern als ein auf ihrer moraliſchen Superiorität über die übrigen Völker beruhendes Recht, als der eigenthümliche Beruf Roms, bei deſſen Verfolgung ſie der Zuſtimmung und Hülfe der Götter ſicher zu ſein glaubten. Wie ſehr dieſes Streben nach

Herrſchaft die römiſche Selbſtſucht über das Niedrige und Gemeine des *individuellen* Egoismus und eines bloßen Genußlebens zu höheren Anſchauungen erhob; welche Fülle von Tugenden, von Selbſtverleugnung, Vaterlandsliebe, Standhaftigkeit, Tapferkeit, würdigem Stolz u. ſ. w. es zum Vorſchein brachte, kurz welchen ſittlichen Schwung es dem ganzen römiſchen Weſen verlieh, dafür bietet die römiſche Geſchichte eine Fülle der erhebendſten Belege dar. Iſt die Herrſchſucht der Römer einmal ein Fehler zu nennen, ſo hat es nie einen Fehler gegeben, der eine ſo reiche Quelle von nationalen Tugenden und großen Thaten geworden iſt.[145a])

Das Recht gewährt uns die Gelegenheit, die Herrſchſucht ſo zu ſagen in ihrer Häuslichkeit zu belauſchen. Denn es gibt für ſie kein anderes Gebiet, welches ſo vorzugsweiſe gerade ihr gehörte, und auf dem ſie ſolche unblutige Triumphe feiern könnte, wie auf dieſem. In welchem Maße der römiſche Macht- und Freiheitstrieb ſich auf dieſem Gebiete bethätigte, iſt theilweiſe ſehr bekannt, und ſoll, ſoweit es dies iſt, hier nicht weiter ausgeführt werden. Dahin rechne ich z. B. den Antheil, den die römiſche Verfaſſung dem Bürger an der Verwaltung des Staats einräumte, die Theilnahme an der geſetzgebenden und ſtrafrichterlichen Gewalt, an der Wahl der Beamten,[145b]) ſelbſt an der Verwaltung der Polizei mittelſt der actiones populares, kurz das ganze

---

145a) Es gilt hier ganz das, was Auguſtinus in dem (I. Note 267. 357) benutzten Ausſpruch über den römiſchen Ehrgeiz und die römiſche Ruhmſucht urtheilt: pro isto uno vitio ... multa alia vitia comprimentes.

145b) Ich halte noch mit aller Ueberzeugung an der alten Anſicht feſt, daß das Volk den Beamten wählt, während eine neuere Anſicht den Schwerpunkt auf den die Wahlcomitien leitenden Beamten legt und ihn (nach eingeholter Meinung des Volks) den neuen Beamten ernennen läßt. Die Stütze, welche dieſe Anſicht in dem von dem präſidirenden Magiſtrat gebrauchten Ausdruck: creare (womit bekanntlich renunciare wechſelt) findet, iſt eine ſehr ſchwache, denn bekanntlich gebrauchten die Römer ebenſo von dem Ankläger, der die Anklage mit Erfolg zu Ende geführt hatte, den Ausdruck: *damnare*, (Brisson. de voc. ac form.: Damnare §. 3) und von dem Conſul, der einen Senatsbeſchluß veranlaßt hatte den Ausdruck: SCum. facere, ſ. z. B. Liv. 42, 9.

republikaniſche Selbſtregiment der Römer. Dahin zähle ich ferner den weiten Umfang, in dem der Grundſatz der perſönlichen Freiheit in Rom zur Anerkennung gelangt war. Ich will von ſolchen Ausflüſſen dieſes Grundſatzes gar nicht reden, deren ſich die Römer ſelbſt nicht bewußt waren, weil ihnen eine Beſchränkung nach dieſer Seite hin als undenkbar erſchienen wäre (z. B. der Freiheit in der Wahl des Lebensberufes), und für die man überhaupt erſt ein Auge bekommt, wenn man ſieht, daß ſie anderwärts fehlen; ich will nur diejenigen aufzählen, welche die Römer ſelbſt als werthvolle Garantieen der perſönlichen Freiheit namhaft machen. Hierzu gehören namentlich: die Freizügigkeit, die man gegen das Ende der Republik dem Inquiſiten ſogar bis zum Urtheilsſpruch zugeſtand,[146]) während die ältere Zeit keinen Anſtand nahm ſich des Angeklagten durch Verhaftung zu verſichern, ſelbſt wenn er ſich zur Stellung von Bürgen erbot,[147]) der Schutz gegen die Willkür der Beamten, der durch das Recht der Provocation an die Volksverſammlung,[148]) der Appellation an die Tribunen und höheren Magiſtrate und die nichts weniger als leicht gehandhabte Verantwortlichkeit der Beamten in umfaſſendſter Weiſe gewährleiſtet war. Sodann der geſtaltende Einfluß, den die Vorſtellung von der Würde des römiſchen Bürgers auf das

146) Cic. pro Balbo c. 13 f. oben S. 60 Anm. 45.

147) Gegen die entgegengeſetzte Anſicht Mancher ſ. Heinze im Gerichtsſaal 1871 Heft 2 S. 137—148. Die Verhaftung des Angeklagten war nach altem Recht möglich, wenn auch nicht vorgeſchrieben, ſie ließ ſich jedoch, wenn ſie verfügt war, durch die Interceſſion eines Tribunen abwenden oder, wenn der Beamte darauf einging, in Freilaſſung gegen Caution verwandeln. Zu dem freien Exulationsrecht des Angeklagten (Sallust. Catil. 51), einer Neuerung der ſpätern Zeit, paßte ſie nicht recht, und es iſt daher erklärlich, daß ſie, wenn auch rechtlich nicht aufgehoben, doch in der Anwendung zur äußerſten Seltenheit ward. Geib Geſchichte des röm. Criminalprozeſſes. S. 119, 120.

148) Cic. de orat. II. 48 ... patronam illam civitatis ac vindicem libertatis. Liv. III. 55: unicum praesidium libertatis. Ich erinnere ferner an das den Beamten geſetzte Maximum der Multa, Gell. XI. 1.

Criminalrecht ausgeübt hat, z. B. die Ausſchließung der Tortur,[149]) der Leibes- und grauſamer Lebensſtrafen,[150]) und eine Reihe anderer nicht minder werthvoller Einrichtungen.[151]) Uebrigens hat jener Grundſatz der perſönlichen Freiheit erſt im Laufe der Zeit diejenige Ausdehnung gewonnen, in der er gegen das Ende der Republik galt, und die faſt das richtige Maß überſchritt. Dieſe ſpätere Zeit erinnert mit ihren abſtracten Freiheits- und Gleichheitsideen an die Gegenwart; die ältere war weit maßvoller, genügſamer, praktiſcher. Ihre Freiheit war ein ächt hiſtoriſches Product, aus praktiſchen Motiven hervorgegangen, mühſam und ſtückweiſe erkämpft; nicht der Schulbegriff der Freiheit, ſondern der Druck, wo er beſonders fühlbar geworden war, hatte ſie in's Leben gerufen. Sie war, möchte man ſagen, nicht ſo ſehr ein Begriff als eine Summe von einzelnen beſonders wichtigen Rechten, daher nicht ohne Lücken und ſcheinbare Inconſequenzen. Dieſe ihre durchaus praktiſche Natur bewährte ſich daran, daß ſie ſich den Umſtänden fügte, z. B. im Fall der Noth ſelbſt eine

149) Geib S. 138 ff.

150) Liv. X. 9. Cic. in Verr. II. V. c. 54—57. pro Rabir. perduell. c. 4, 5: carnifex vero et obductio capitis et nomen ipsum crucis absit non modo a corpore civium Rom., sed etiam a cogitatione, oculis, auribus. Harum enim omnium rerum non solum eventus atque perpessio, sed etiam conditio, exspectatio mentis ipsa denique indigna cive Romano atque homine libero est.

151) z. B. der Grundſatz der quarta accusatio (Geib S. 116 ff. und Lange die oskiſche Inſchrift der Tabula Bantina und die römiſchen Volksgerichte S. 65—86), inſofern er einerſeits dem Angeklagten die Gelegenheit gab, die öffentliche Meinung für ſich zu gewinnen und andererſeits der momentan erregten Leidenſchaft des Volks Zeit ließ ſich abzukühlen. Ferner der Grundſatz, daß die Ausſagen der Sclaven gegen ihre Herren nicht angenommen werden ſollten (Geib S. 142). Die entſchiedene Tendenz der ſpätern Zeit (von den XII Tafeln läßt ſich ein Gleiches nicht behaupten) zu milden Strafen (Platner quaest. de jure crimin. Rom. p. 75—82) iſt von den Römern ſelbſt rühmend hervorgehoben, z. B. von Liv. I. 28: nulli gentium mitiores placuisse poenas, Cic. pro Rabir. perduell. c. 3 ... vestram libertatem non acerbitate suppliciorum infestam, sed lenitate legum munitam esse voluerunt.

vorübergehende Suspendirung willig zuließ.[152]) Höchst bezeichnend für die eigenthümliche Organisation des ältern Freiheitsgefühls ist auch die Verträglichkeit desselben mit der Censur, einem Institut, das uns bei unseren heutigen Vorstellungen von persönlicher Freiheit ganz unleidlich sein würde.[153]) Das Gesagte bestätigt sich auch an einer Art der Freiheit, die in der neuern Geschichte eine so große Rolle spielt: der religiösen Freiheit. So tolerant oder indifferent die römische Politik gegen die Culte der unterworfenen Völker war, ja so bereitwillig die Römer allen Göttern des gesammten Reichs einen Platz im Kapitol gewährten, so wenig kannten sie doch bei dem Charakter ihrer Religion als Staatsreligion den Begriff der abstracten religiösen Freiheit. Der Uebertritt zu einer andern Religion erschien ihnen nicht unter dem Gesichtspunkt, der uns so geläufig ist, nämlich als eine That und ein Recht des religiösen Bedürfnisses, sondern als ein Abfall vom römischen Staat und Wesen, und ohne daraus ein eignes Verbrechen zu bilden oder vereinzelte Fälle zu beachten, pflegte man doch, wenn die Fälle sich mehrten, und das Uebel eine allgemeinere Ausdehnung gewann, von Staatswegen einzuschreiten.[154]) Schwerlich wird irgend ein Römer daran als an einem Eingriff in die religiöse Freiheit Anstoß genommen haben, schwerlich auf die Idee verfallen sein, daß man dem Prinzip der

152) Ernennung eines Diktators, SCtum: videant consules, ne quid detrimenti capiat respublica.

153) Man erinnere sich (S. 52), daß der Censor Jemanden zur Rechenschaft zog z. B. wegen nachlässigen Betriebs der Landwirthschaft oder unordentlicher Wirthschaft, wegen Luxus und übertriebenen Aufwandes, eines Fehlers, gegen den mit dem Ende des sechsten Jahrhunderts, als die Macht des Censors nicht mehr ausreichte, die Gesetzgebung sich gedrungen fühlte mittelst der bekannten leges sumtuariae zu Felde zu ziehen.

154) Es gehörte dies zu den Obliegenheiten des Senats, der vorkommenden Falls die Beamten damit beauftragte. Valer. Max. I. 3. de peregrina religione rejecta. Liv. IV. 30: datum inde negotium aedilibus, ut animadverterent, ne qui nisi dii Romani neu quo alio more quam patrio colerentur XXV. 1. XXXIX. 13 fl.

Freiheit auch eine Ausdehnung auf religiöse Angelegenheiten so wie überhaupt eine Ausdehnung geben dürfe, bei der das Interesse des Staats leiden könne. Den Grund, der es den Römern ersparte über jene Art der Freiheit zu reflectiren, erblicke ich darin, daß die religiöse Freiheit überall erst durch den Druck in's Bewußtsein gebracht wird, ein solcher Druck aber in den römischen religiösen Einrichtungen gar nicht vorhanden war. Von dem ärgsten Zwange, den es geben kann, dem Glaubenszwange, von Inquisition und Ketzergerichten (wovon sich ja auch im Alterthum Spuren finden) war in Rom keine Rede; der Glaube war frei und die Verpflichtung zu dem äußern Cultus, den sacris, hatte mehr den Charakter einer vermögensrechtlichen Last als einer religiösen Nöthigung. Kein Wunder, daß der Römer sich Jahrhunderte hindurch mit diesem weiten Maß religiöser Freiheit leicht begnügen, daß selbst der Unglaube der spätern Zeit sich damit vertragen konnte; erst das Christenthum bereitete dem alten System seinen Untergang.

Wenden wir uns dem Privatrecht zu.

Das Prisma, durch welches das ältere Recht sämmtliche Verhältnisse, in denen das individuelle Leben sich bewegt, betrachtete, war der Gedanke der Herrschaft. Mochten dieselben hinsichtlich ihrer eigentlichen Bedeutung und Bestimmung für das Leben auch noch so wenig durch diesen Gesichtspunkt gedeckt oder getroffen werden, wie z. B. die Ehe, das Verhältniß des Vaters zu den Kindern, das Recht legte nur diesen Gesichtspunkt an. Daraus darf man aber nicht folgern, als wenn die Römer jene Verhältnisse lediglich als rein rechtliche aufgefaßt, die über das Recht hinausgehende höhere Bestimmung derselben gar nicht bemerkt, ihren sonstigen Inhalt für gleichgültig oder überflüssig gehalten hätten. Jene Herrschaft war das spezifisch rechtliche Element der Verhältnisse, auf dessen Auffindung und Bestimmung die juristische Analyse allein ihr Augenmerk lenkte. So wenig wie ein Chemiker, dessen Untersuchung auf Auffindung eines ganz bestimmten Bestandtheils eines Körpers gerichtet ist, Anlaß hat sich

über die Brauchbarkeit, die Bestimmung des Gegenstandes zu verbreiten, so wenig kann und darf der Jurist bei der juristischen Analyse sich ähnliche Abschweifungen von *seiner* Aufgabe erlauben. Er soll, wenn ich so sagen darf, den Procentgehalt der einzelnen Verhältnisse an Rechtsstoff bestimmen. Dieser Rechtsstoff findet sich häufig vermischt mit anderen Elementen, und zwar in sehr verschiedener Proportion. Bald bildet er nur einen sehr unbedeutenden, bald den überwiegenden, bald den einzigen Bestandtheil des Verhältnisses.[155]) Die juristische Untersuchung hat sich lediglich auf die Auffindung *dieses* Stoffes zu beschränken; je reiner sie ihn darstellt, je mehr sie also die nicht-rechtlichen Elemente ausscheidet, um so vollkommener hat sie ihre Aufgabe gelöst. In dieser nothwendigen Beschränkung eine Einseitigkeit zu finden, ist höchst verkehrt; die Bedeutung jener nicht-rechtlichen Elemente, des moralischen, national-ökonomischen, politischen u. s. w., ist damit nicht negirt, daß man es unterläßt, sie an der *unrechten* Stelle zu erörtern. An der *rechten* Stelle darf und soll man sie berücksichtigen, und es ist eine der Hauptaufgaben einer jeden *historischen* Darstellung des Rechts sich dieser Elemente zum wahren Verständniß desselben zu bemächtigen.

Wenn das ältere Recht das spezifisch juristische Kriterium der Rechtsverhältnisse in den Gedanken der Herrschaft setzt, so hat es damit, wie ich glaube, vollkommen das Richtige getroffen: Der Inhalt eines jeden Rechtsverhältnisses, wenn man dasselbe des Beiwerkes entkleidet und auf seinen juristischen Kern zurückführt, ist Willensmacht, Herrschaft, die Unterschiede der Rechtsverhältnisse sind Unterschiede der Herrschaft. Das Charakteristische der Rechtsverhältnisse des ältern Rechts kann also nicht darin gesucht werden, daß sie reine Herrschaftsverhältnisse sind — es hieße weiter nichts als aussagen, daß die Römer die Sache

---

155) Man vergleiche z. B. die Ehe mit der Obligation und rücksichtlich der juristischen Personen eine Missionsgesellschaft mit einer Handelsgesellschaft u. s. w.

juriſtiſch erfaßt haben. Das Charakteriſtiſche derſelben liegt vielmehr in der *Fülle* der Machtbefugniß, die ſie gewähren; darin, daß letztere eine nahezu unbeſchränkte, eine abſolute Gewalt iſt. In dieſem Punkt kommen dieſelben bei aller ſonſtigen Verſchiedenheit doch ſämmtlich überein. Man möchte ſie im weſentlichen als leere, abſtracte Formen bezeichnen, die ihren Inhalt erſt von dem ſubjectiven Willen erwarten, und die daher im einzelnen Fall je nach Verſchiedenheit der concreten Füllung die mannigfaltigſte Geſtalt annehmen können, eine abſtoßende ſowohl und ſittlich verletzende als eine anziehende und ſittlich befriedigende. Bei dieſer ihrer Weite kommt alſo alles auf den Inhalt an, den das römiſche Leben in ſie ergoß; ohne eine Feſtſtellung dieſer Frage iſt ein Urtheil über ſie gar nicht möglich.

Dieſe Unterſuchung hält man häufig gar nicht für nöthig, um ein ſittliches Verdammungsurtheil über das ganze Syſtem auszuſprechen. Die fixe Idee, von der man ſich nicht losmachen kann, iſt die: ein Mißbrauch jener Gewalt war *rechtlich* möglich, folglich nahmen die Römer an ihm keinen Anſtoß. Unwillkürlich folgert man aus der *rechtlichen* Möglichkeit des Mißbrauchs die *reale* Möglichkeit, die Wirklichkeit deſſelben, ohne zu bedenken, daß vieles, was dem Recht nach geſchehen *könnte* und *dürfte*, factiſch nicht *durchführbar* iſt.[155a]) So entſteht ein Bild von den Römern und der römiſchen Sittlichkeit, das von der Wahrheit unendlich entfernt iſt. Es möge mir erlaubt ſein, den Irrthum, den man hierbei begeht, durch einen Vergleich anſchaulich zu machen. Jene abſtracten Formen des Rechts gewähren kein *Bild* der Inſtitute, wie ſie im Leben wirklich beſtanden, ſondern eine bloße *Silhouette*. Die juriſtiſche Abſtraction hat nur die *juriſtiſchen Contouren* jener Verhältniſſe abzunehmen; mehr ſoll und darf ſie nicht, wie be-

155a) Wie lange dauerte es, bis die lex Canuleja, welche die Ehen der Patricier und Plebejer erlaubte, Wahrheit ward! Es fand ſich keine Patricierin, die einem Plebejer ihre Hand gegeben hätte, und als es geſchah, ſchloſſen ihre adligen Standesgenoſſinnen ſie von den sacris aus, Liv. X. 23.

reits oben bemerkt ward. So weit wie die Silhouette von dem Porträt, so weit ist dieser juristische Schattenriß von einem treuen Bilde des römischen Lebens entfernt. Hier ist keine Farbe, kein Licht, kein Schatten; der ganze physiognomische Ausdruck der Institute fehlt. Dächte man sie sich so in der Wirklichkeit, so seelenlos, so ausdruckslos, so todt: gewiß, unser Widerwille wäre völlig begründet. Aber ein Römer würde uns wegen einer solchen Vorstellung verlacht haben; er wußte, wofür er jene Silhouette zu halten habe; das Bild, das er sich von jenen Instituten machte, und das er aus der Anschauung des wirklichen Lebens schöpfte, war ein völlig anderes, enthielt eine Menge von Nüancen und charakteristischen Merkmalen, die wir zu übersehen pflegen. Von den mannigfachen *Beschränkungen* der subjectiven Gewalt, von den besonderen *Voraussetzungen*, von denen die Ausübung gewisser Rechte nicht de jure, aber de facto abhing u. s. w., von alle dem nehmen wir in der juristischen Theorie nichts wahr; der Römer hatte alles dies vor Augen. Jene abstracte Freiheit des Rechts fand factisch im römischen Leben ihr richtiges Maß und Ziel. Solange sie die richtigen Bahnen einhielt, solange sie dem *verständigen* Gebrauch diente, stieß sie auf keinen Widerstand; sowie sie diese Bahnen verließ und in Mißbrauch ausartete, begegnete ihr Widerstand von allen Seiten, hier kamen Hemmnisse, Rücksichten, Einflüsse zum Vorschein, von denen zwar das Recht nichts wußte, die sich aber darum doch nicht minder stark erwiesen. Ob eine gesetzliche Vorschrift uns zwingt oder irgend eine andere Macht, der sich ebenso wenig trotzen läßt, z. B. die öffentliche Meinung, die herrschenden Begriffe von Ehre, ist für das Resultat einerlei. Es ist nicht nöthig, daß alles, was unterbleiben soll, gerade durch das Gesetz verboten werde, die Sitte kann dasselbe bewirken, wie das Gesetz. Ja es gibt Verhältnisse und Zeiten, wo die Sitte eine weit höhere Macht ausübt, als anderwärts das Gesetz;[156]) eine solche Zeit war die,

156) Der bekannte Ausspruch von Tacitus: Plusque valent ibi boni mores, quam alibi bonae leges.

in der wir gegenwärtig stehen. Gerade im System der Freiheit scheint die Sitte das beste Gedeihen zu haben, oder richtiger: das System der Freiheit ist auf die Dauer nur da haltbar, wo die Sitte stark genug ist, den gesetzlichen Zwang zu ersetzen, und vorzugsweise bei denjenigen Völkern, bei denen jenes System zur höchsten Entwicklung gekommen ist, findet sich als Gegengewicht und Temperament derselben eine strenge, ja oft despotische Herrschaft der Sitte.[157] Die Sitte ist die Selbstbeschränkung der Freiheit; wo sie nicht kräftig entwickelt und gut organisirt ist, wo nicht die öffentliche Meinung den würdigen Gebrauch der Freiheit zu einem Ehrenpunkt zu erheben und ihn zu erzwingen versteht, da wird die Freiheit nie gedeihen.

Die Mittel, über welche die Sitte in Rom gebot, waren außerordentlich wirksame. Der Censur ist schon früher (S. 50) gedacht. Es gesellt sich hinzu die Infamie, das sittliche Verdammungsurtheil der öffentlichen Meinung, in Rom gesteigert durch den Verlust aller politischen Rechte.[158] Sodann das dem Volke zustehende Recht der Wahl der Beamten. Bei uns kann Jemand, der mit der öffentlichen Meinung gebrochen hat, zu Macht und Einfluß gelangen; bei den Römern war dies in älterer Zeit undenkbar. Wer sich sei es in seinem Privatleben sei es in seinem öffentlichen Auftreten über die öffentliche Meinung hinweggesetzt hatte, war in Rom verloren. Bei der Oeffentlichkeit, die das ganze römische Leben durchdrang, bei der Geschäftigkeit der Gegner und Mitbewerber mußte in Rom jeder, der ein öffentliches Amt vom Volke begehrte, darauf rechnen, daß seine ganze Vergangenheit den Augen und der Kritik des Volks bloß gelegt werde, und wer sich der Gunst desselben unwürdig erwiesen hatte, was

157) z. B. in England, Nordamerika, wo dies von manchen Aposteln der abstracten Freiheit nicht selten mit naivem Erstaunen und großer Unbehaglichkeit vermerkt worden ist.

158) Daher nennt Cic. pro Rosc. Com. c. 6 . . . die Frage von der Infamie eine summae existimationis et paene dicam capitis (Existenzfrage), pro Quint. c. 8. de capite suo . . . causam dicturum.

hatte er zu hoffen? Rohheit und Grausamkeit gegen Frau, Kinder, Sclaven, Unbarmherzigkeit gegen Schuldner, die durch Unglücksfälle insolvent geworden waren,[158a]) kurz Handlungen, die dem Recht nach durchaus erlaubt waren, aber welche die Volksstimme mißbilligte, die Sitte untersagte, fielen bei einem Bewerber schwer in's Gewicht. Und nun gar bei den Volksgerichten! Man erinnere sich, was wir (S. 42) über den Einfluß gesagt haben, den hier die Persönlichkeit des Angeklagten und die in Bezug auf ihn obwaltende Stimmung des Volks ausübten. Es bedurfte nicht eines eigentlichen Verbrechens, um ihn vor diesen Richter zu bringen, es konnte dies Schicksal auch Jemanden treffen, der vom Standpunkte des formellen Rechts aus betrachtet durchaus in seinem Recht war, z. B. Denjenigen, der von seiner patria potestas einen unverantwortlichen Gebrauch gemacht hatte.[159]) Was half es ihm, auf sein abstractes „Recht" zu pochen, wenn das Volk, der lebendige Träger der Rechtsidee, der Ansicht war, daß er sich seines Rechts in einer Weise bedient habe, die dem Sinne desselben widerstrebe? Sein Unrecht und seine Strafwürdigkeit lag darin, daß er sich über die Sitte und das sittliche Urtheil hinweggesetzt, daß er, sich isolirend auf den beschränkten Standpunkt seines subjectiven Rechts, die schuldige Rücksicht gegen die Gemeinschaft, die ihm den Schutz desselben verlieh, außer Acht gelassen hatte.

Wie schrumpft, wenn man sich dies alles vergegenwärtigt, jene abstracte Freiheit des Privatrechts zusammen, oder richtiger gesagt wie sehr verliert sie das Unnatürliche, durch das sie uns

158a) Die dadurch hervorgerufene Aufregung und Entrüstung des Volks steigerte sich mehrmals sogar bis zu einem Aufstande, Liv. II. 23, 27, VIII. 28 und in Bezug auf die alte Personalexecution berichtet Gell. XX, 1 §. 52: saevitia ista poenae contemni quita non est.

159) Eklatante Fälle dieser Art konnten das Volk in der Weise erbittern, daß es nicht einmal bis zum Tage des Gerichts wartete, um seinen Gefühlen Luft zu machen. So z. B. Seneca de clementia I. c. 14. Erixonem equitem Romanum memoria nostra, quia filium suum flagellis occiderat, populus in foro graphiis confodit. Vix illum Augusti Caesaris auctoritas infestis tam patrum, quam filiorum manibus eripuit.

bei oberflächlicher Betrachtung ſo ſehr abſtößt. Die leere Tafel der abſtracten Freiheit bedeckt ſich mit allerhand Limitationen, Vorausſetzungen, Beſchränkungen, die nicht minder wirkſam ſind, als wenn das Geſetz ſelbſt ſie aufgeſtellt hätte. Die energiſche Kraft der Sitte, der Cenſor, die Wahlcomitien, die Volksgerichte, das geſammte römiſche Leben mit allen ſeinen thatſächlichen Gewalten bildet den in der Regel überſehenen Subtrahend des abſtracten Rechts, und wir brauchen nur die Subtraction vorzunehmen, um ein ſehr verſtändiges praktiſches Reſultat zu gewinnen. Daſſelbe lautet folgendermaßen: Der Einzelne hat die ihm anvertraute abſolute Gewalt nur zum Zweck des *richtigen*, nicht zum Zweck des rein *willkürlichen* Gebrauchs. Der Staat verbietet aber den Mißbrauch nur ſoweit, als derſelbe *abſolut und unbedingt* verwerflich iſt, d. h. ſolche Aeußerungen der ſubjectiven Gewalt, die ſchlechthin, mögen die Vorausſetzungen ſein, welche ſie wollen,[160] nicht zu dulden ſind, nicht aber diejenigen, die nur *hypothetiſch* ſich als Mißbrauch qualificiren laſſen.[161] Um *ſie* zu verbieten, müßte das Geſetz in ein unüberſehbares Detail von Vorausſetzungen und Möglichkeiten eingehen und würde doch Gefahr laufen bald zu wenig, bald zu viel zu thun. Ein richtiges Urtheil hierüber iſt nur im *concreten* Fall möglich, bleibt alſo dem Urtheil des Subjects überlaſſen. Ein Mißbrauch dieſes dem Subject geſchenkten Vertrauens wird zwar nicht durch das *Geſetz* verhindert oder beſtraft, aber die Stelle des todten Geſetzes vertritt hier als lebendiges Geſetz, das ſich ganz dem concreten Fall anſchmiegt, der Cenſor, das Volk und, wie

160) Derartige Beſchränkungen ſind die über den Verſchwender verhängte Entziehung der Vermögensverwaltung, die Beſchränkung des dem Vater zuſtehenden Rechts, den Sohn zu verkaufen, auf dreimalige Ausübung, das Zinsmaximum u. a. m.

161) Beiſpielsweiſe Verhängung der Todesſtrafe über den Sohn von Seiten des Vaters, Auflöſung der Ehe von Seiten des Mannes. Sie können durchaus gerechtfertigt und umgekehrt gar nicht zu entſchuldigen ſein; jenes, wenn der Sohn ein todeswürdiges Verbrechen begangen, die Frau die Ehe gebrochen, dieſes, wenn gar kein oder kein hinreichender Grund vorliegt.

wir unten ſehen werden, hinſichtlich der familienrechtlichen Gewalten die Familie.

Daß die ſubjective Freiheit nicht aus einer ſolchen Anſchauung *hervorgegangen* ſein mag, gebe ich gern zu, iſt aber völlig gleichgültig; genug in der Blüthezeit der Republik erſcheint ſie thatſächlich in dieſer Weiſe moderirt und ſittlich gerechtfertigt, und wir werden bei einem ihrer Hauptausflüſſe, der hausherrlichen Gewalt, die beſte Gelegenheit haben zu zeigen, wie weit die wahre praktiſche Geſtalt des Verhältniſſes von der abſtracten juriſtiſchen Formulirung abwich. Daher erſchien denn, um ein Beiſpiel für eine frühere Behauptung zu geben, die patria potestas einem Römer, der dieſelbe aus dem Leben kannte, nicht als das nackte und in ſeiner Nacktheit unſittliche Recht, die Kinder zu verkaufen, enterben, tödten u. ſ. w., ſondern als eine durch die thatſächlichen Vorausſetzungen des Lebens begränzte und beſtimmte *Erziehungsgewalt* und Oberhoheit des Vaters. Ja das rechtliche und das ſittliche Element des Inſtituts waren hier für die gewöhnliche Vorſtellung gewiß ſo miteinander verwachſen, und im natürlichen Lauf der Dinge kam auch ein Anlaß, ſie ſcharf zu trennen, ſo ſelten vor, daß bei einzelnen Einrichtungen der Laie zweifelhaft ſein konnte, ob das Recht oder die Sitte es ſo mit ſich bringe. Einen ſchlagenden Beleg für dieſe Behauptung gibt das römiſche Familiengericht, ein Inſtitut, deſſen amphibienartige Natur unverkennbar iſt und unſeren Rechtshiſtorikern bei dem von vornherein verfehlten Verſuch, die ſich daran knüpfenden Fragen in *juriſtiſcher* Weiſe d. h. als *Rechts*fragen zu behandeln und ſcharf zu beantworten, nicht wenig zu ſchaffen gemacht hat.

Das Charakteriſtiſche der Verhältniſſe des ältern Privatrechts beſtand demnach nicht ſowohl darin, daß ſie als *Machtverhältniſſe* erfaßt wurden (auch unſere heutige Wiſſenſchaft ſetzt das praktiſche Weſen des Rechts in den Machtbegriff[162]), als in der

162) Ueber die Berechtigung dazu ſ. §. 36. Ob freilich der Machtbegriff

Fülle ihres Machtgehaltes. Der letzte Grund davon lag in dem Prinzip des subjectiven Willens (§. 10—12), in dem Gedanken, daß der Einzelne selber der Grund und die Quelle seines Rechts und folglich sein eigner Gesetzgeber (αὐτὸς νόμος) ist. Seine Verfügungen tragen für die Sphäre seines Machtgebietes denselben Charakter an sich, wie die des Volks für die seinige; beide sind leges, die einen leges privatae, die andern leges publicae, beide stehen sich hinsichtlich des Grundes ihrer Berechtigung völlig gleich. Für sein Haus und seine Privatinteressen hat der Hausherr ganz dieselbe gesetzgebende und richterliche Gewalt, wie das Volk für die Verhältnisse, die das Gemeinwesen betreffen. Wir werden die dem ältern Privatrecht zu Grunde liegende Auffassung am richtigsten wiedergeben, wenn wir sie als die Idee der Autonomie bezeichnen. Nur soweit die Rücksicht auf das Gemeinwesen dies unabweisbar erfordert, greift die lex publica beschränkend in das Gebiet der Privatgesetzgebung ein. Diese Beschränkungen sind verglichen mit denen des spätern Rechts von geringem Belang; es gehörten Jahrhunderte dazu, um die alte Anschauungsweise und die daraus hervorgehende Scheu vor der Beschränkung der privatrechtlichen Freiheit zu vernichten.

So geht denn der Zug der höchsten Anspannung des Machtbegriffs durch alle Institute des ältern Privatrechts hindurch. Die Herrschaft des Hausherrn über seine Hausgenossen: Weib, Kinder und Sklaven, die des Gläubigers über seinen Schuldner, die des Eigenthümers über sein Eigen, vor allem wenn er darüber im Testament disponirt, sie alle athmen ganz denselben Charakter einer fast schrankenlosen Machtfülle. Nur die hausherrliche Gewalt fordert uns zu einer eingehenderen Betrachtung auf (§. 32), für die übrigen Verhältnisse werden einige wenige Bemerkungen genügen.

Für das Erbrecht ist der Satz der XII Tafeln, welcher der

---

im Stande ist, das wirkliche Verständniß des Rechts zu erschließen, darüber s. IV. §. 60.

Dispositionsbefugniß des Testators unbegränzte Freiheit einräumte, schon früher (Note 53) mitgetheilt. „Was er bestimmt, ist Rechtens!“ Solch ein Satz hat, soweit die Geschichte Kunde gibt, noch bei keinem Volk bestanden, weder vor Rom, noch nach Rom. Daß er die Möglichkeit eines empörenden Unrechts gegen die Familie einschloß, wer möchte es läugnen? Aber von der abstracten Möglichkeit bis zur Wirklichkeit war doch ein weiter Schritt. Bei einer gesunden, kräftigen Entwicklung des Familiensinnes beharrt das Vermögen trotz aller Freiheit der testamentarischen Disposition doch in den Bahnen, welche die Natur ihm vorgezeichnet hat, es bleibt bei der Familie, und in welchem Maße diese Tendenz, das Vermögen der Familie d. h. dem Mannsstamm zu erhalten, das römische Leben durchdrang, davon legen manche Spuren Zeugniß ab.[163]) Die freie Dispositionsbefugniß des jeweiligen Inhabers konnte, statt diesem Zweck verderblich, umgekehrt ihm förderlich werden; den verschwenderischen oder mißrathenen Sohn enterbte der Vater, indem er ihm lediglich den nöthigen Lebensunterhalt zuwies, während er den Stamm des Vermögens dem Bruder zuwandte, zu dem er sich versehen konnte, daß er den Wohlstand, die Ehre, den Glanz der Familie erhalten und erhöhen werde.[164]) Das erlaubte die römische Moral nicht bloß, das *wollte* sie! Eine gewisse Garantie gewährte auch die Form des Testaments. Solange der Inhalt desselben, wenn auch aufgezeichnet, vor den Zeugen verlautbart werden mußte, war letzteren, die doch regelmäßig dem Testator näher stehende Personen gewesen sein werden, Gelegenheit ge-

163) Die Frauentutel, die Beschränkung des testamentarischen und Intestaterbrechts der Frauenzimmer so wie der Höhe der Legate, die cura prodigi, das Einschreiten der Censoren (sie stießen z. B. den C. Antonius aus dem Senat, weil er Schulden halber seinen Grundbesitz veräußert hatte, Ascon. ad orat. de toga cand. Orell. p. 84).

164) Val. Max. 3, 5 §. 2: quem *nimia patris indulgentia* heredem reliquerat. Dolenter enim, fügt er hinzu, homines ferebant, pecuniam, *quae Fabiae gentis splendori servire debebat*, flagitiis disjici.

geben, ihn durch Vorstellungen und Zureden von verwerflichen Dispositionen abzubringen.

Dieselbe Freiheit der Verfügung, wie im Testament, hat der Eigenthümer auch unter Lebenden.[164a]) In keinem Rechte ist die Idee der absoluten Herrschaft über die Sache in der Schärfe zur Verkörperung gelangt, als im römischen Eigenthum; absolut, sowohl in Hinblick auf den Schutz (reivindicatio) als auf den Inhalt des Eigenthums. Daß dieser Inhalt bei unbeweglichen Sachen der praktischen Möglichkeit angepaßt worden ist, daß also der Grundeigenthümer gewisse Dinge im Interesse seiner Nachbarn leiden oder unterlassen muß, die, wenn man sich das Grundstück dächte als das, was es nicht ist: als eine mit den benachbarten Grundstücken außer allem Zusammenhang stehende Sache nach Art der beweglichen, dem abstracten Herrschaftsbegriff widersprechen würden — darin wird Niemand einen Widerspruch gegen unsere Behauptung finden wollen![165]) Dagegen bewährt sich die Freiheit des Privateigenthums oder allgemeiner gesprochen: der Grundsatz der unbeschränkten Autonomie auf dem Gebiet des Verkehrs in folgenden Anwendungen:

1) in der freien Veräußerlichkeit des Eigenthums. Dem ältern Recht ist jenes eigenthümliche durch die gesetzlichen Veräußerungsverbote geschaffene Zwitterinstitut zwischen Eigenthum und

---

164a) Rücksichtlich unbeweglicher Sachen nimmt Rudorff Schriften der römischen Feldmesser II. 302 fl. für die älteste Zeit die Unveräußerlichkeit an; s. dagegen die Vorrede zur Abth. 2 dieses Bandes, S. XIV fl.

165) Ueber diese durch die Natur der Sache gebotene Verschiedenheit der Eigenthumsgestaltung bei beweglichen und unbeweglichen Sachen habe ich mich schon an einem andern Orte ausgesprochen, Jahrbücher für Dogm. VI. S. 83 fl. Die Uebersicht der s. g. gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigenthums, die ich in der ersten Aufl. an dieser Stelle gegeben hatte, halte ich aus dem im Texte angegebenen Grunde nicht mehr für nöthig, sie enthalten in Wirklichkeit nicht sowohl Beschränkungen, als vielmehr die Gränzen des Grundeigenthumsbegriffs. Ueber die Sicherung der Freiheit des Grundeigenthums gegen die Gefahr einer übermäßigen Belastung s. §. 33.

Nießbrauch, jene Lähmung der einen Seite des Eigenthums, die dem Eigenthümer zwar das Recht der Nutzung und der Vindication läßt, ihm aber das der Disposition entzieht, völlig unbekannt. Niemand kann eine vom Eigenthümer geschehene Veräußerung anfechten, weder die Gläubiger, noch die nächsten Erben, Niemand sie untersagen oder verhindern, auch die Obrigkeit nicht. Jemanden als Eigenthümer anerkennen und die Handlung, die er in dieser Eigenschaft vorgenommen, für unwirksam erklären, wäre den alten Römern als etwas Ungeheuerliches erschienen, das einzige dem ältern Recht bekannte Veräußerungsverbot, das der Widmung einer streitigen Sache an den Tempel,[166]) zog daher bloß Strafe, keine Nichtigkeit nach sich. Nur bevormundete Personen konnten nicht veräußern; aber hier war nicht sowohl das Eigenthum beschränkt als vielmehr sie selber. In der Vormundschaft war denn auch das Mittel gegeben, dem Verschwender, der die Mahnung des Censors unbeachtet gelassen hatte, rechtlich die Hände zu binden. Aber ein partieller Eingriff der Vormundschaftsidee in die Freiheit des Eigenthums, wie ihn z. B. das Verbot der Veräußerung des fundus dotalis oder das Familienfideicommiß enthält, war dem älteren Rechte ein unfaßbarer Gedanke. Was der Eigenthümer war, war er ganz und ward ihm durch das Gesetz nicht verkümmert; dem Mißbrauch seines Rechts steuerten andere Mittel als Verbote, so z. B. der alienatio in fraudem creditorum die Aussicht auf Personalexecution; erst als letztere ihre Schrecken verloren hatte, ward eine actio Pauliana nöthig.

Eine Anwendung des Prinzips der freien Veräußerlichkeit bei unbeweglichen Sachen bestand

2) in der freien Theilbarkeit des Grundeigenthums, welche, soviel wir wissen, von den Römern nie gesetzlich beschränkt worden ist. Es wäre nicht unmöglich, daß die Einrichtung des Censusregisters eine Zersplitterung der ursprünglich als

166) l. 3 de litig. (44. 6).

Einheiten eingetragenen Grundstücke ausgeschlossen hätte, wenigstens würde sich auf diese Weise erklären, wie die alten Landloose von 7 Jugera sich noch bis in die spätere Zeit hinein zu erhalten vermochten.[167])

Der unverkümmerten Befugniß zur Veräußerung entspricht auf der entgegengesetzten Seite

3) die unbeschränkte Befugniß zum Erwerbe. Beschränkungen der persönlichen Erwerbsfähigkeit in Handel und Gewerbe durch Monopole oder Zunfteinrichtungen, wie sie unser heimischer Boden in so reicher Zahl getragen hat, sucht man in Rom vergebens. Jeder konnte treiben, wozu er Fähigkeit und Lust hatte; die einzige Ausnahme, die davon in späterer Zeit gemacht ward, bestand meines Wissens in dem Verbot des Handels für Senatoren. Jene Vormundschaft des Staats, welche jedem einzelnen Beruf seine Erwerbsquellen sichern will und in ihrer Fürsorge, die Quellen des Pauperismus zu verstopfen, sogar so weit geht, daß sie dem Menschen zwei Rechte verkümmert, die mit ihm geboren, indem sie die Eingehung der Ehe und die Wahl des Aufenthaltsortes an den Nachweis von Subsistenzmitteln knüpft — jene Vormundschaft und das römische Gefühl der persönlichen Unabhängigkeit waren unvereinbare Gegensätze. Auch der römische Staat suchte der Armuth zu steuern, aber in ganz anderer Weise als durch Beschränkungen der persönlichen Freiheit (§. 34).

Ebensowenig gab es künstliche Schranken rücksichtlich der Sachen. Kein Familienfideicommiß erhielt mühelos das Gut der Familie, dafür mußte sie selber sorgen durch eigene Thätigkeit und Anstrengung, keine Lehnsverfassung monopolisirte den Grundbesitz zu Gunsten einer bevorzugten Kaste — Jeder

167) Daraus, „daß selbst nach dem Tode des Vaters sich häufig die Söhne mit ihren Familien nicht von einander trennten und gemeinsam das Erbgut bebauten" (Roßbach Unters. über die röm. Ehe S. 429) läßt sich jene Erscheinung nicht erklären; ein solches Gemeinsamkeitsverhältniß ließ sich kaum 2—3 Generationen hindurch fortsetzen, geschweige Jahrhunderte lang.

konnte Jedes erwerben. Nur was der Gemeinde oder den Göttern gehörte, war dem Privatbesitz entzogen (res extra commercium).

Das Prinzip der absoluten Freiheit des Verkehrs ist vom ältern Recht nur in zwei Beziehungen durchbrochen. Zuerst durch die lex Licinia Sextia aus dem Jahre 387 d. St. im Interesse des kleinen freien Bauernstandes, um dem Ueberhandnehmen der Plantagenwirthschaften, wie Mommsen sie treffend bezeichnet, zu steuern.[168] Das Gesetz enthielt drei Beschränkungen, die erste setzte als Maximum des in einer Hand zu vereinigenden Grundbesitzes, sowohl des ager privatus als ager publicus, das Maß von 500 Jugera fest, aber wohl bemerkt, ohne dem Mehrbesitz den rechtlichen Charakter zu entziehen — es verbot, es strafte ihn, aber es machte ihn juristisch nicht unmöglich, war also in heutiger Sprache gesprochen[169] eine Polizeimaßregel, welche die Rechtsgrundsätze, das Prinzip des Eigenthums unangetastet ließ. Die zweite und dritte betrafen das Maximum des zu haltenden Viehs und die Zahl der neben den Sklaven zu beschäftigenden freien Arbeiter.

Die zweite Schranke bezog sich auf den Geldverkehr, sie sollte dem Wucher steuern — ein Problem, mit dessen Lösung die römische Gesetzgebung und Verwaltung Jahrhunderte lang sich abmühte, ohne ihr Ziel recht zu erreichen. Auf den Ernst dieser social und politisch gleich gewichtigen Frage ist bereits oben (S. 71) aufmerksam gemacht. Es hat kein Interesse für unsern Zweck, die Geschichte der römischen Zinsbeschränkungen zu verfolgen, dagegen verdient um so mehr hervorgehoben zu werden, daß auch sie den Charakter von Polizeimaßregeln an sich trugen, welche den Grundsatz der freien Autonomie gesetzlich nicht alterirten, d. h. das Zinsversprechen war auch über das gesetzliche

168) Huschke Ueber die Stelle des Varro von den Liciniern. Rudorff Röm. Rechtsgeschichte I. §. 15.

169) In römischer Sprache eine lex minus quam perfecta.

Maß hinaus juriſtiſch gültig und klagbar, aber den Verächter des Geſetzes traf Strafe.[170])

Im übrigen entfaltete ſich gerade auf dem Gebiete des Obligationsrechts, nämlich im alten Schuldrecht, der Gedanke der privatrechtlichen Macht und Herrſchaft mit der äußerſten Schroffheit und Rückſichtsloſigkeit.

Die Macht, welche die Obligation dem Gläubiger über den Schuldner gewährte, richtete ſich in conſequenter Durchführung der perſönlichen Natur des Anſpruchs lediglich gegen die Perſon deſſelben, ohne das Vermögen im mindeſten zu ergreifen, aber ſie erfaßte die Perſon in ihrer Wurzel. Execution der Schuld bedeutete Vernichtung der Perſönlichkeit des Schuldners: der *rechtlichen*, wenn nur Ein Gläubiger vorhanden war (Verkauf als Sklave in die Fremde), der *phyſiſchen*, wenn ihrer mehrere vorhanden waren (das in partes secare der XII Tafeln d. i. Zerfleiſchen des Schuldners). Beide Executionsmittel gaben den erbitterten Gläubigern Gelegenheit zu furchtbarer Rache, und es iſt gewiß ſtatthaft, dieſen Geſichtspunkt der Rache mit hervorzuheben; aber zunächſt hatten ſie doch nur den Zweck, den Schuldner und ſeine Familienangehörigen zur Zahlung zu zwingen. Je unabhängiger der Schuldner hinſichtlich ſeines *Vermögens* dem Gläubiger gegenüber daſtand, je weniger letzterer ein *directes* Mittel hatte, doloſe Veräußerungen ſeines Schuldners zu verhindern, um ſo mehr mußte er auf indirectem Wege dagegen geſichert ſein; je weniger der Gläubiger *wider* Willen des Schuldners Zahlung erzwingen konnte, um ſo mehr bedurfte es eines ausreichenden Mittels auf den Willen des Schuldners einzuwirken. Böswillige und betrügeriſche Machinationen zum Nachtheil der Gläubiger, die heutzutage in den ſeltenſten Fällen vereitelt werden können, fielen nach dem ältern römiſchen Executionsſyſtem auf den Schuldner ſelbſt zurück. Es konnte hier

170) Manus injectio auf's Vierfache (IV. 112 fl.) und öffentliche Anklage wegen Wuchers Liv. 10, 23.

gegen den Willen des Gläubigers nicht vorkommen, daß der Schuldige der verdienten Strafe entging. Freilich konnte auch den völlig Schuldlosen, der durch Unglücksfälle zahlungsunfähig geworden war, dieselbe Strafe treffen. Auch hier lasse man sich durch die bloße abstracte Möglichkeit nicht schrecken; im Leben gestaltete sich die Sache ganz anders, als man nach dem abstracten Rechte glauben könnte. Jenes Zerfleischen des Schuldners soll nach dem Bericht der Römer nie vorgenommen worden sein.[198] War es dann etwa ein leeres Schreckmittel? Sicherlich nicht! Ein Schuldner, der im Vertrauen darauf, daß die Gläubiger nicht wagen würden, eine so unmenschliche Strafe an ihm zu vollziehen, ihnen getrotzt und ihnen, was an Zahlmitteln in seiner Hand war, vorenthalten hätte, würde bald zu seinem Schaden des Gegentheils inne geworden sein. Die Gläubiger brauchten ihn nicht sofort zu viertheilen, sie konnten erst einmal den Versuch machen, welchen Eindruck das Abschneiden eines einzelnen Körpertheils, der Ohren, Nase u. s. w. auf ihn machen werde: »si plus minusve secuerint, sine fraude esto!« Bevor es an die Arme und Beine kam, war sicherlich der Trotz gebrochen und die verborgene Habe des Schuldners zu Tage gebracht oder das Mitleiden der Verwandten und Freunde zur thätigen Beihülfe angespornt. Wo dieser Erfolg nicht erreicht ward, konnte dies als Beweis gelten, daß von

198) Gell. 20. 1. §. 50. Nihil profecto immitius, nihil immanius, nisi ut re ipsa apparet eo consilio tanta immanitas poenae denunciata est, ne ad eam unquam perveniretur .... dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi, neque audivi (dem Africanus in den Mund gelegt). Wenn man aber dem Gesetz selber die auf das physische Zerfleischen des Schuldners gerichtete Intention hat absprechen wollen, indem man das »in partes secare« auf Theilung des Vermögens bezog, so ist das eine Idee, welche nicht bloß mit den Berichten der Römer und dem ganzen Zusammenhang des Gesetzes in offenen Widerspruch tritt (wie gut gezeigt ist von dem Philologen Emanuel Hoffmann, Das Gesetz der XII Tafeln von den Forcten und Sanaten, Wien 1866 S. 63—66), sondern von einer völligen Unfähigkeit zeugt sich in ein Recht hineinzudenken, das aus praktischen nicht minder wie aus psychologischen Gründen jene äußerste Strenge gegen den Schuldner postulirte, und das damit keineswegs einzig dasteht.

einem ſolchen Schuldner nichts zu hoffen war, und da wird wohl die Furcht vor der Erbitterung des Volks die Gläubiger von der Fortſetzung der „peinlichen Frage," wie man dieſe Art der Execution nennen könnte, abgehalten haben. Mit dem Verkauf in die Fremde hatte es wohl eine ähnliche Bewandtniß. Als Schreckmittel für einen zahlungsfähigen, aber zahlungsunluſtigen Schuldner reichte er vollkommen aus, bei verſchuldeter Inſolvenz mochte er oft genug wirklich zur Ausführung kommen, da hier eine Nachſicht von Seiten des Gläubigers oder eine Beihülfe von Seiten der Verwandten, Freunde u. ſ. w. vielleicht eben ſo ſelten, wie umgekehrt bei unverſchuldeter Inſolvenz regelmäßig zu erwarten war. Damit wollen wir das Loos des Schuldners in letzterm Fall keineswegs mit ſchönen Farben malen, denn die Ausſicht auf die Gefahr, die ihm drohte, brachte ihn ganz in die Hand des Gläubigers, und daß die Römer ſich einer ſolchen Gewalt mit Schonung und Humanität bedient hätten, wird auch dem eifrigſten Verehrer derſelben nicht einfallen zu behaupten. Vielmehr iſt es begreiflich, daß der Gläubiger dem Schuldner das wenige, was er beſaß und erwarb, entzog,[199]) ja ihn ſelbſt zu perſönlichen Dienſtleiſtungen zwang,[200]) — alles dies aber nicht erſt in Folge der Execution, ſondern vor Eintritt und zur Abwehr des Schlußreſultates derſelben.

---

199) Von einer ſolchen dem Rechte nach unwirkſamen, aber factiſch den Zweck erreichenden Beſchlagnahme des Vermögens der Schuldner, namentlich der abweſenden, iſt bei Livius öfter die Rede, ſo z. B. II. 24 . . ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet.

200) Sei es bloß zu vorübergehenden einzelnen, wodurch die Freiheit nicht afficirt wurde, ſei es zu einem dauernden Zuſtand der Dienſtbarkeit der den Genuß der politiſchen Rechte ſuspendirte. Varro de re rust. 1, 17 ſagt, man gebrauche zum Landbau außer den Sklaven auch freie Perſonen, und zwar Tagelöhner; oder: ii quos obaeratos (al. obaerarios, nicht Verurtheilte, Abdicirte, ſondern Verſchuldete) nostri vocitaverunt et etiam nunc sunt in Asia atque Aegypto et in Illyrico complures. Varro L. L. 7, §. 105: Liber qui suas operas in servitute pro pecunia quadam debebat, dum solveret, nexus vocatur ut ab aere obaeratus. Auch die Kinder der Schuldner nahm man in Ermangelung ihrer ſelbſt,

2. Die hausherrliche Gewalt insbesondere.

Das Haus ein Asyl — äußere und innere Abgeschlossenheit desselben. — Die drei Gewalten des Hauses (über Sklaven, Kinder, Frauen) — abstract-rechtlicher Inhalt derselben — thatsächliche Gestalt der Sklaverei im römischen Leben.

> Quid est sanctius, quid omni religione munitius quam domus unius cujusque civium? Hic arae sunt hic foci, hic dii penates, hic sacra, religiones, ceremoniae continentur.
> Cic. pro domo c. 41.

XXXII. Das Haus hat für die privatrechtliche Herrschaft eine hohe Bedeutung. Es ist nicht bloß der Ursitz derselben und ihr ursprüngliches Territorium, daher verlangt die römische Sitte bei der Hochzeitsfeierlichkeit die Aufnahme der Frau in das Haus des Mannes (deductio in domum)[204] — sondern es behält auch, nachdem sie selbst sich weit über die engen Gränzen desselben

---

Liv. 2, 24 . . neve liberos nepotesve moraretur. 8, 28: cum ob aes alienum paternum se nexum dedisset und liberumque suorum respectu. Von der beim alten Executionsverfahren *vorübergehend* vorkommenden Fesselung *ohne Verpflichtung* zur Dienstbarkeit war dieser *dauernde* durch *Vertrag* (nur freilich nicht Selbstmancipation) begründete, die Execution abwehrende Zustand der Dienstbarkeit innerlich verschieden, wenn gleich äußerlich sehr ähnlich, da auch die Fesseln der XII Tafeln nicht fehlten. Der Vertrag stützte sich auf das gesetzlich anerkannte jus paciscendi (Note 131). Die lex Poetelia Papiria (Liv. 8, 28) hob das nexum in *diesem* Sinn (nicht in dem einer liquiden Schuld) auf. Die Worte: »bona debitoris, non corpus obnoxium esset« bei Livius sind nicht auf die Execution, sondern auf jenes *pacisci* zu beziehen: „Gegenstand desselben soll nicht der Leib, sondern das Vermögen des Schuldners sein." Soweit die Schuldner auch jetzt noch durch Dienstleistungen an den Gläubiger ihre Schuld abzuverdienen suchten, woran sie Niemand hinderte, blieben sie wenigstens frei, behielten den Genuß ihrer politischen Rechte und konnten, wenn der Gläubiger sie schlecht behandelte, jeden Augenblick die Dienstleistungen sistiren. Zu einer ähnlichen Ansicht gelangt auch *Burchardi* Lehrbuch des röm. Rechts. Th. 2. §. 129.

204) L. 5. i. f. de R. N. (23. 2) . . deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in *domicilium* matrimonii.

ausgedehnt hat, einen beſonders ausgezeichneten Charakter für ſie bei, der ſich dem Vermögen, welches das Haus in ſich birgt, mittheilt. In dieſer räumlichen Gemeinſchaft der Perſonen und Sachen, in dieſer Beſtimmung der Sachen für die unmittelbare perſönliche Exiſtenz und das Familienleben liegt für die Sache ſelbſt ein ſittliches Moment, das dem von dieſer Aeußerlichkeit losgeriſſenen Vermögen völlig abgeht.[205])

Die hervorragendſte Stelle nimmt unter ihnen das Haus ſelber ein. An das Haus knüpft das natürliche Gefühl die Vorſtellung eines beſondern Friedens, der hier herrſchen ſoll, eines

---

205) Beruht auf dieſer Vorſtellung vielleicht der Gegenſatz der beiden Ausdrücke, mit denen das ältere Recht das Vermögen bezeichnet: familia und pecunia? Der etymologiſche Ausgangspunkt von familia iſt das Haus (Note 214), von pecunia das pecus als älteſtes bewegliches Werthobject, wovon auch peculatus d. i. die Aneignung des als multa gegebenen Viehs und peculium, urſprünglich das Kleinvieh der Sklaven (I. 242), dann das factiſche Vermögen der hausunterthänigen Perſonen, das aber nur als Werthobject, als pecunia, nicht aber als häusliche Baſis ihrer Exiſtenz, als familia charakteriſirt werden konnte. Vom Vermögen des Volks wird ebenfalls pecunia gebraucht, nicht familia, es hat keine Beziehung zum Hauſe und zur hausherrlichen Gewalt, ſondern iſt wiederum nur bloßes Werthobject. Auch im engliſchen Recht iſt das Hausthier der etymologiſche und hiſtoriſche Ausgangspunkt einer beſondern Sphäre des Vermögens geworden (chattels real und personal von catalla, chattels Hausthiere, fahrende Habe) im Gegenſatz des Grundeigenthums (freehold). Gundermann Engl. Privatrecht I. 146. Im altruſſiſchen Recht beginnt die Abgabe an den Staat (Obrok, wörtlich Koſt, Lebensmittel) mit der Naturalleiſtung in Vieh, dann Pelzwerk u. a., an deren Stelle dann zuletzt das Geld tritt, während der Name bleibt, Ewers Das älteſte Recht der Ruſſen, Dorpat 1826, S. 36—38. Gegen die Zurückführung des Begriffs der »familia« auf die »famuli« (ſo noch Bethmann-Hollweg Der Civilproceß des gemeinen Rechts I. S. 136) ſpricht, daß bei jener Doppelbezeichnung des Vermögens gerade das Wichtigſte: Haus und Hof ausgelaſſen worden wäre. — Eine praktiſche oder legislative Anerkennung der obigen ethiſchen Bedeutung des Hauſes (das römiſche Geſinde: die Sklaven mit inbegriffen) ſ. in der Verfügung von Conſtantin in l. 22 Cod. de adm. tut. (5. 37), welche dem Vormund den Verkauf der familia im obigen Sinne verbietet, der pecunia in jenem Sinne verſtattet.

Asyls, das dem Bewohner einen Schutz gegen die Außenwelt gewähren soll. Nirgends empfindet die Persönlichkeit Verletzungen so schwer als hier; je mehr dieselben mit dem Frieden contrastiren, den sie hier zu finden gewohnt ist, um so bitterer die Kränkung.[205a]) Das Verlangen nach Selbständigkeit und Unabhängigkeit, dem die Außenwelt so oft die Gewährung versagt, hier sucht und verlangt es um so mehr seine Befriedigung; in diesem Zustande der räumlichen Abgeschiedenheit und des natürlichen Für-Sich-Seins ist auch das Gefühl der rechtlichen Abgeschiedenheit und des rechtlichen Für-Sich-Seins d. i. der rechtlichen Persönlichkeit ganz besonders wach und rege. Es gehört zu den bedenklichsten Seiten unserer deutschen socialen und ökonomischen Zustände, daß der Besitz eines eigenen und allein bewohnten Hauses nicht bloß in der Arbeiterbevölkerung, sondern selbst in der gebildeten Klasse in allen größeren Städten mehr die Ausnahme als die Regel bildet — in dem eigenen Hause steckt ein Stück von dem Charakter des Menschen.

Die Vorstellung von dem Frieden des Hauses hat in manchen Rechten in der gesetzlich anerkannten Unverletzlichkeit des Hauses ihren Ausdruck gefunden und so auch im ältern römischen Recht. Zu dem oben ausgeführten Gesichtspunkt gesellte sich für Rom noch ein anderer hinzu, der das römische Haus zu einem Heiligthum im eigentlichen d. i. religiösen Sinn machte und ihm den Charakter eines durch die Religion geschützten Asyls verlieh. Das römische Haus ward nicht bloß von Menschen bewohnt, sondern auch von Göttern, es war der Tempel der Vesta und der Sitz der Penaten. Den Hausherrn, ihren Priester, mit Gewalt aus seinem Hause zu ziehen, wäre eine Versündigung gegen sie gewesen und war daher durch das fas wie das jus gleichmäßig unter-

---

205a) Daher die Betonung des Hauses in den Bestimmungen des späteren Rechts über die Tödtung des Ehebrechers Collat. leg. mos. 4, 12, §. 1 .. domi suae vel generi sui deprehensum §. 6. ita demum si eum domi suae deprehendat.

ſagt.[206]) Ja es war ſogar zweifelhaft, ob man Jemanden auch ohne alle Anwendung von Gewalt aus ſeiner Wohnung vor Gericht fordern dürfe.

Hausſuchungen ſchienen den Römern hiermit nicht in Widerſpruch zu ſtehen, denn es hatte nicht bloß in dem der dritten Periode angehörigen Verfahren der quaestiones perpetuae[207]) der öffentliche Ankläger das Recht, ſie überall vorzunehmen, wo er relevante Documente und Hausbücher, deren Beſitz abgeläugnet wurde, vermuthete, ſondern in den XII Tafeln ward ein privatrechtlicher Fall derſelben ausdrücklich hervorgehoben, die Hausſuchung nach geſtohlenen Gegenſtänden.[208]) Die Widerſetzlichkeit

---

206) Durch das fas: Cicero pro domo c. 41: Hoc perfugium est ita sanctum, ut inde abripi neminem fas sit. Durch das jus; L. 18 de in jus voc. (2. 4.) Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit eumque, qui inde in jus vocaret, vim inferre videri L. 21 ibid. Sed etsi qui domi est interdum vocari in jus potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet.

207) Geib Geſchichte des röm. Krim. Prozeſſ. S. 354. Die Beiſpiele ſind aus Cicero's Zeit, aber nichts deutet darauf hin, daß es früher anders geweſen.

208) Gaj. III. 186 fl. Das Geſetz kannte zwei Arten: die moderne oder unfeierliche, bei welcher der Suchende bekleidet war, und die, wenn ſie die Auffindung der geſtohlenen Sache zur Folge gehabt, die Strafe des triplum nach ſich zog (act. furti concepti; davon Gaj. §. 186, 191), und eine uralte für den Suchenden unbequeme, bei der er nackt, bloß mit einem Schurzfell gegürtet und mit einer Schüſſel verſehen (III. §. 47 vor Note 757 im Text) zu erſcheinen hatte (per licium et lancem), welche die Strafe des quadruplum nach ſich zog; Gaj. §. 192, 193. Dieſelbe ſtammt wahrſcheinlich aus der Urzeit der indogermaniſchen Völker, da ſie ſich nicht bloß bei den Griechen, ſondern auch den nordiſchen Völkern wiederholt. J. Grimm in der Zeitſchrift f. geſch. R. W. II. S. 91. Sie weiſt ihrer erſten Entſtehung nach auf eine tropiſche Zone hin — in Grönland oder Island wäre ſie nicht entſtanden! und in Norwegen ward der Gurt mit dem Hemd vertauſcht (Grimm a. a. O.) — und gewährt für die Frage von dem Urſitz der indogermaniſchen Völkerfamilie einen intereſſanten Anhaltspunkt. Der Verdächtige konnte auf dem alten Brauch beſtehen, aber man ſuchte ihn davon abzuhalten, indem man ihm bei der modernen Form eine geringere Strafe

des Verdächtigen gegen die Vornahme der Hausſuchung hatte das Geſetz gar nicht vorgeſehen; ging die Meinung des Geſetzes etwa dahin, daß der Widerſtand durch Anwendung von Gewalt beſeitigt werden ſolle? Ein ſolcher gewaltſamer Einbruch in das Haus hat etwas höchſt widerſtrebendes; das prätoriſche Edict vermied ihn dadurch, daß es den Widerſetzlichen als geſtändig behandelte und mit der höchſten Strafe belegte,[209]) wahrſcheinlich ſchloß es aber, wie bei der Lehre vom furtum überhaupt,[210]) ſo auch hier ſich nur einer alten Praxis an. Ob es, wenn im Criminalprozeß dem öffentlichen Ankläger Widerſtand entgegengeſetzt ward, zur Anwendung von Zwangsmaßregeln kam, oder ob die Strafe, die dem Widerſetzlichen angedroht ward,[211]) das alleinige, aber gewiß ausreichende[212]) Mittel war, ſeinen Widerſtand zu brechen, laſſe ich dahingeſtellt.[213])

Der äußern Abgeſchloſſenheit des Hauſes, welche den Frieden deſſelben gegen Störungen und Gewaltthätigkeit ſichert, entſprach die innere: die Selbſtändigkeit des Hausregiments mittelſt Ausſchließung aller Einflüſſe und Gewalten, welche die Ruhe und den Frieden des Hauſes gefährden konnten. Innerhalb des römiſchen

---

offerirte; letztere war ſo zu ſagen ein Vorſchlag zur Güte, den er zurückweiſen konnte, ohne ſich der act. furt. prohibiti auszuſetzen, während er letzterer verfiel, wenn er dem, was einmal für beide Theile ſtreng Rechtens war, ſich widerſetzte. Daß Gajus, der dieſen hiſtoriſchen Zuſammenhang nicht durchſchaute, die »tota lex ridicula« fand, iſt nicht zu verwundern.

209) Gaj. III. 192.

210) z. B. Gaj. III. 190, 191 a. a. O.

211) In der öffentlichen Vollmacht des Anklägers (Geib a. a. O. S. 285).

212) Cic. in Verr. 4, 66 . . . Ille contradicere . . . Quid multa? nisi vehementius homini minatus essem, nisi legis sanctionem poenamque recitassem, tabularum mihi potestas facta non esset.

213) Ein Zeugniß für die Anwendung von Zwangsmaßregeln aus ſpäterer Zeit ſ. bei Apulejus Met. lib. 9 i. f. (ed. Bip. I. 222) . . obstinate denegantem. Immissis itaque lictoribus ceterisque publicis ministeriis.

Hauſes gibt es keine Rechtsſtreitigkeiten,[213a]) die Juſtiz hat hier Nichts zu thun, der Hausherr ſelber übt die Juſtiz.[213b])

Das römiſche Haus mit allem, was darin iſt: die familia,[214]) iſt eine in ſich abgeſchloſſene Welt, deren Leitung und Lenkung ausſchließlich dem Oberhaupt des Hauſes, dem pater familias zuſteht, und deren Beziehungen zur Außenwelt lediglich durch ihn vermittelt werden. Keine der ihm unterworfenen Perſonen kann als Kläger oder Beklagter vor Gericht erſcheinen; die Anſprüche, die ſie gegen Dritte erworben, die Kränkungen, die ſie erlitten haben, macht Er geltend, umgekehrt iſt Er es auch, der die gegen ſie gerichteten Angriffe aufnimmt. Für dieſes Gewaltverhältniß werden von den Römern verſchiedene Ausdrücke gebraucht, dominus, dominium[215]) ſodann herus[216]) — Aus-

---

213a) Intra domum inter te ac filios tuos, si quae controversiae oriuntur, terminari, l. 4 Cod. de pat. pot. (8. 47).

213b) Das *δίκαιον οἰκονομικόν* der Griechen, Trendelenburg Naturrecht Aufl. 2 S. 301.

214) Familia im allgemeinen Sinn bezeichnet das Hausweſen, im engeren ſowohl das Vermögen allein (z. B. familiae erciscundae judicium, ex familia Cassia Liv. 2, 41. 8, 15), als die Familie allein (funesta familia Liv. 2, 8). Die richtige etymologiſche Ableitung des Wortes ſ. bei Roßbach Unterſuchungen über die römiſche Ehe S. 14 (Sanskr.: dhâ ſetzen, dhâman Sitz, Wohnſitz, Haus; Uebergang des dh in f wie anderwärts z. B. θήρ in fera). Alſo familia der Hausſtand, das Hausweſen, familiaris und famulus der Hausgenoſſe, Hausfreund. So iſt daher die Ueberſetzung von paterfamilias, filiusfamilias, Hausvater, Hausſohn ganz zutreffend. Aehnlich im Griechiſchen *οἶκος* das Haus und ſodann 1. Vermögen, 2. Familie; *οἰκέται* Frau, Kinder, Sklaven. — Mit familia wird gleichbedeutend gebraucht domus, res mea; eine Zuſammenſtellung aller drei Ausdrücke als Gegenſtand der Verwünſchung bei Gelegenheit eines Schwures ſ. bei Liv. 22, 53.

215) Die Römer ſtellen gern dominus mit domus zuſammen ſ. z. B. in l. 195 §. 2 de V. S. (50. 16) paterfamilias, qui in domo dominium habet. Ennius bei Cic. de off. 1, 39: O, domus antiqua, heu, quam dispari dominare domino; nec domo dominus, sed domino domus honestanda: de finib. I. 18: nec in discordia dominorum domus, und auch moderne klaſſiſche Philologen, denen ich in den

drücke, die mehr die ſächliche, die Eigenthums-Seite des Verhältniſſes bezeichnen; potestas, vorzugsweiſe für die perſönliche Seite deſſelben, d. h. das Verhältniß des Oberherrn zu ſeinen Untergebenen benutzt,[217] insbeſondere in Anwendung auf Hauskinder (patria potestas) und Sklaven, aber auch für die übrigen Herrſchaftsverhältniſſe über Perſonen und Sachen.[218] Sodann endlich manus, und in dieſem Ausdruck beſitzen wir, wenn nicht alles täuſcht, den urſprünglichen Ausdruck für die geſammte Herrſchaft des Hausherrn über ſeine »Familia«, Sachen ſowohl wie Perſonen. In ſpäterer Zeit iſt derſelbe im techniſchen Gebrauch allerdings auf einen Zweig derſelben: die eheherrliche Gewalt eingeſchränkt worden,[220] allein ſeine frühere allgemeine

---

früheren Ausgaben gefolgt bin haben dominus von domus abgeleitet. Die heutige vergleichende Sprachwiſſenſchaft iſt zu dem Reſultat gelangt, daß beide Worte nichts miteinander gemein haben, dominus ſtammt von der Wurzel dam (δάμδω = zähme, althochdeutſch zam = zahm), ſanskrit damitas = domitus, domare, domitor, dominus (bei Festus dubenus apud antiquos dicebatur qui nunc dominus iſt nach L. Lange zu leſen: dumenus). Domus dagegen ſtammt von der Wurzel: dem, woher δέμω baue, δόμος Gebäude; ſ. G. Curtius, Griech. Etymol. Aufl. 4. S. 231, 233.

216) Mit dem Ausdruck herus (unſer „Herr") bezeichnen bei Plautus die Sklaven durchgehends ihren Herrn, und er kam auch in der lex Aquilia vor (l. 11 §. 6 ad leg. Aq. 9. 2); für den Ehemann wird er höchſt ſelten gebraucht, Catull. 61, 116.

217) Sanskr. patis, Herr, Gatte, griech. πόσις Gatte, δεσπότης Herr lat. potissum=possum, potior, potens, potestas. Mit potus=Trank, womit es früher zuſammengeſtellt ward (potis = Ernährer), hat das Wort nach dem Stande der heutigen Sprachforſchung etymologiſch nichts gemein, G. Curtius a. a. O. S. 281, 283.

218) So für Vermögen in der lex Atinia über die Uſucapion der res furtivae: in potestatem reverti. L. 4 §. 6. de usurp. (41. 3), für die Tutel: vis ac potestas in capite libero. §. 1. I. de tutel. [1. 13], für die eheliche Gewalt: in potestatem viri cedit. Serv. ad Aen. 4. 103, ſ. Roßbach a. a. O. S. 28.

220) Im Leben kam er noch in ſeiner urſprünglichen Allgemeinheit vor; Belegſtellen bei Roßbach a. a. O.

Bedeutung ſchimmert noch in den Compoſitis, in denen er ſich auch im neuern Sprachgebrauch in Anwendung auf die anderen Gewaltverhältniſſe erhalten hat: emancipare (bei Kindern) manumittere (bei Sklaven) mancipium, deutlich genug durch. Dieſe Einheit des Ausdrucks ſetzt die urſprüngliche Einheit des Begriffs voraus, und die Behauptung wird nicht von mir zuerſt aufgeſtellt,[221]) daß die verſchiedenen Formen der abſoluten Gewaltverhältniſſe: das Eigenthum in Anwendung auf Sachen und Sklaven, die eheherrliche und hausväterliche Gewalt nur die ſpäter zur Selbſtändigkeit des Begriffs entwickelten Seiten eines und deſſelben Urbegriffs geweſen ſeien. Manus und familia waren Correlate; familia bezeichnete den Raum der Macht, das Herrſchaftsgebiet, manus das Symbol und das Werkzeug der Macht, und die Herrſchaft ſelber; beide umfaßten alles, was im Hauſe war: Sachen und Perſonen, freie und unfreie. Die Perſonen beider Kategorien waren »alieni juris,« d. h. der Hausherr hatte an ihnen nicht bloß einzelne Rechte, ſondern er hatte ſie ſelber mit allem, was ſie waren, hatten, abwarfen, einbrachten. In dieſer abſoluten Unterwürfigkeit unter ſeinen Willen ſtanden ſie ſich ſämmtlich gleich, und das eben ſollte der Ausdruck manus ausdrücken. Wäre uns eine tiefere Einſicht in die Entwickelungsgeſchichte des römiſchen Eigenthums vergönnt, wir würden wahrſcheinlich nicht bloß die Frage aufwerfen, ſondern ſie auch bejahen können: ob nicht auch die manus im Prozeß (das manum conserere und asserere) und die res mancipi nebſt der mancipatio urſprüngliche Stücke des älteſten Manusſyſtems geweſen ſeien.[222]) Dieſe ungeheure Gewalt des Hausherrn iſt übrigens nichts ſpe-

221) Das Verdienſt ihrer erſten und zugleich höchſt energiſchen Aufſtellung gebührt Joh. Chriſtianſen Die Wiſſenſchaft der römiſchen Rechtsgeſchichte B. 1. S. 136 fl. Auch Roßbach a. a. O. S. 10—41 hat dieſelbe Anſicht vertheidigt, dem Anſchein nach, ohne ſeinen Vorgänger zu kennen.

222) Bei der Geſchichte des Eigenthums (Abſchn. 3) werde ich auf die Frage zurückkommen.

zifisch Römisches; das Römische steckt nur darin, daß sie sich in Rom länger als anderwärts in ihrer ursprünglichen Gestalt und Kraft behauptet hat. Sie ist vielmehr nur ein Ausfluß uranfänglicher patriarchalischer Anschauungsweise, wie sie sich auch in anderen Rechten wiederholt, insbesondere auch im altgermanischen und zwar hier in einer mit der altrömischen Hausherrschaft so unverkennbar identischen Gestalt, daß man darin einen Rest der ursprünglichen Rechtsgemeinschaft der indogermanischen Völker erblicken muß.[223])

Die Annahme der ursprünglichen Identität des Herrschaftsbegriffs setzt keineswegs voraus, daß die aus der Eigenart der Objecte mit Nothwendigkeit sich ergebenden Verschiedenheiten darüber hätten ignorirt werden müssen. Es konnte Jemand mehrere Sklaven und Kinder haben, aber nicht mehrere Frauen, ein Sklave konnte mehrere Herren, ein Kind aber nicht mehrere Väter haben, das Eigenthum an Sklaven und die manus an der Frau entstand durch usus, nicht aber die väterliche Gewalt, die Sklaven konnte man legiren, nicht aber die Frau und das Kind. Gerade die Erkenntniß dieser Verschiedenheiten mußte zu der Einsicht drängen, daß es mit dem allgemeinen Gedanken der absoluten Gewalt noch nicht abgethan sei, sondern daß derselbe nach Verschiedenheit der unterworfenen Gegenstände einer detaillirten Gestaltung fähig und bedürftig sei. So spaltete er sich denn in die uns bereits bekannten Aeste: das Eigenthum, die väterliche und die eheherrliche Gewalt. Die Gewalt des Herrn über den Sklaven ward dem Eigenthumsbegriff untergeordnet, obschon die damit ausgesprochene Gleichheit des Sklaven mit der Sache kei-

223) Der römischen manus entspricht sachlich und etymologisch das deutsche munt, mundium = Hand; beide haben ursprünglich dieselbe Bedeutung und denselben Inhalt gehabt. J. Grimm, deutsche Rechtsalterth. S. 447 „Die ächte im Mundium des Mannes gründende Ehe hat ganz die Wirkungen der römischen conventio in manum" S. 450: „Aus seinem Mundium über die Frau fließen noch andere Rechte, er durfte sie gleich seinen Knechten und Kindern züchtigen, verkaufen, tödten."

neswegs vollſtändig durchführbar war.[225]) Als temporäres und ſchon dadurch eigenthümlich beſchränktes Gewaltverhältniß geſellte ſich zu den drei Gewaltverhältniſſen über die Frau, Kinder und Sklaven noch das Mancipium hinzu.

Im dunklen Gefühl des eben entwickelten urſprünglichen Verhältniſſes hat man demſelben wohl hie und da den Ausdruck gegeben: das ältere Recht habe auch das Verhältniß des Hausherrn zu Frau und Kindern unter dem Geſichtspunkt des Eigenthums erfaßt. Dies iſt verkehrt. Es iſt mit Nichts erwieſen, daß der Begriff des Eigenthums hiſtoriſch dem der hausherrlichen Gewalt vorausgegangen ſei und den Prototyp für letztern habe abgeben müſſen. Die Aehnlichkeit beider ſchreibt ſich nicht daher, daß der eine dem andern nachgebildet, ſondern daher, daß beide ſich von einem gemeinſamen Grundbegriff abgezweigt haben. Wenn man zur Unterſtützung jener Idee angeführt hat, daß die XII Tafeln in dem Satz: uti legassit super pecunia tutelave suae rei unter der sua res auch die Kinder und Ehefrau begriffen habe, ſo diene zur Antwort, daß man aus unſern heutigen Ausdrücken: „Angehörige, Haus (im Sinn der Hausgenoſſen), meine Kinder“ für unſere heutige Auffaſſung ganz daſſelbe deduciren könnte.

Unter den Eigenthumsobjecten gibt es gewiſſe, die zu dem römiſchen Hausweſen in engſter Beziehung, in einer Art Dienſtverhältniß ſtehen, indem ſie entweder wie Haus und Hof ihm die ſachliche Grundlage oder wie die Sklaven und das zum Ziehen und Tragen dienende Vieh die Arbeitskräfte zum Betrieb der Wirthſchaft ſtellen. Das Moment der dauernden Beſtimmung und ihrer Unentbehrlichkeit für das römiſche Hausweſen iſt dieſen Sachen mit den freien Perſonen im Hauſe gemein; ohne beides läßt ſich ein ordentliches Hausweſen, eine geſunde Wirthſchaft gar nicht denken. Den Gegenſatz zu ihnen bilden diejenigen Sachen, welche wenn auch noch ſo nöthig wie z. B. alle Lebensmittel dennoch keine Beſtandtheile des Hauſes ſind, nicht mit

225) So z. B. nicht beim statuliber ſ. u.

arbeiten und folglich auch kein individuelles Intereſſe haben. Dieſer Gegenſatz iſt der bekannte der res mancipi und nec mancipi. Welche rechtliche Folgen ſich an ihn knüpften, ſoll an einer andern Stelle unterſucht werden, hier genügt es, die Beziehung der res mancipi zum römiſchen Hauſe, zur »familia« angedeutet zu haben.

Aus dem Kreiſe jener Gegenſtände des „Hauseigenthums" im Gegenſatz zur »pecunia« ziehen wir die Sklaven unter unſern Geſichtspunkt der hausherrlichen Gewalt: der potestas hinüber. In den Sklaven fallen die beiden Begriffe des Eigenthums und der Gewalt d. h. der Beherrſchung denkender Weſen zuſammen, und das Gewaltverhältniß über die Sklaven, die herrſchaftliche Gewalt hat den urſprünglichen Charakter und Gehalt der hausherrlichen Gewalt am reinſten bewahrt. Darum werden wir unſere Darſtellung mit ihm beginnen. Ihm am nächſten kommt das Gewaltverhältniß über die Kinder, die väterliche Gewalt. Am weiteſten von dem urſprünglichen Ausgangspunkt hat ſich die eheherrliche Gewalt, die Manus im engern Sinn, entfernt. In dieſer Ordnung werden wir dieſelben im Folgenden darſtellen. Das Mancipium ſoll bei Gelegenheit der väterlichen Gewalt berührt werden, bei der es als praktiſches Inſtitut (im Gegenſatz zu ſeiner fortdauernden Anwendung als Scheingeſchäft) in ſpäterer Zeit allein noch vorkommt.

1. Die herrſchaftliche Gewalt über die Sklaven.

An jedem der genannten Gewaltverhältniſſe laſſen ſich zwei Seiten unterſcheiden, die perſönliche und vermögensrechtliche. Letztere wiederholt ſich bei allen in völlig gleicher Weiſe, die unterworfene Perſon erwirbt alles dem Herrn, kann ſelber nichts Eignes haben. Sie iſt juriſtiſch ſo zu ſagen nichts als ein Leitapparat für den Herrn. Von dem Willen des Herrn iſt dieſe Wirkung völlig unabhängig, ſie tritt vermöge der Conſequenz des ganzen Verhältniſſes mit Rechtsnothwendigkeit ein, ſo daß ſie ſich ſelbſt durch entgegengeſetzten Willen von ſeiner Seite nicht

abwenden läßt. Die Ueberlassung eines Vermögensstücks an die unterworfene Person (Peculium) war daher, so sehr der Herr immerhin sich subjectiv dadurch gebunden halten mochte, rechtlich etwas völlig unwirksames, ein bloßes Factum, das er in jedem Moment wieder aufheben konnte. Dieser Gesichtspunkt der rechtlichen Bedeutungslosigkeit des Peculiums wurde im ältern Recht nur bei einer einzigen Gelegenheit, von der nachher (Note 234) die Rede sein wird, zu Gunsten der Sklaven verläugnet.[226]) Die juristische Unmöglichkeit von Rechtsgeschäften zwischen dem Gewaltinhaber und dem Untergebenen konnte daher auch durch die Einräumung eines Peculiums nicht beseitigt werden.[227])

Unter der persönlichen Seite jener Gewaltverhältnisse verstehen wir die persönliche Unterordnung des Hausangehörigen unter den Herrn. Letztere war bei dem Sklaven eine absolute.[228]) Man kann, um sich den ungeheuren Inhalt derselben zu vergegenwärtigen, einzelne Dispositionen, die aus dem absoluten Belieben folgen, hervorheben, z. B. das Recht, den Sklaven nach Lust und Laune zu verheirathen, von Weib und Kind zu trennen, zu verkaufen, verleihen, züchtigen, tödten; ein anderes Interesse hat eine solche Aufzählung nicht. Das Dürfen reichte hier wie bei einer Sache so weit, als das Können.

Demnach kann man die Gewalt über den Sklaven geradezu als Eigenthum bezeichnen, und dies ist von den Römern auch geschehen.[229]) Es lassen sich eine Menge von Consequenzen namhaft machen, an denen sich die praktische Realität dieser Auffassung bewährte, und die bei den andern Gewaltverhältnissen undenkbar waren, so z. B. die Möglichkeit des Miteigenthums, der

---

226) Im neuern auch zu Gunsten der Gläubiger — die act. de peculio des prätorischen Edicts.

227) Wie es factisch sich machte, davon nachher.

228) Ebenso für das ältere deutsche Recht, — Grimm Rechtsalterth. S. 342 fl. Daher die Rechtsparömie: er ist mein eigen, ich mag ihn sieden oder braten (das. S. 345).

229) Ulp. XIX. 20.

bonae fidei possessio, der Theilung des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums, der Bestellung von Nießbrauch und Pfandrecht an Sklaven,[230] der Dereliction[230a] u. s. w.

Diese Gleichstellung des Sklaven mit der Sache hatte aber doch ihre Gränze, sie beschränkte sich auf die gleichmäßige Unterordnung beider unter den unbeschränkten Willen des Herrn; darüber hinaus verkannte man auch im Sklaven den Menschen nicht.[230b] So erstreckte man z. B. die Verwandtschaftsverbote auch auf die Sklaven-Ehe, so strafte man auch die Injurie gegen einen Sklaven,[231] vor allem aber äußerte sich die Verschiedenheit in der Möglichkeit der Freilassung des Sklaven. Das Recht der Freilassung ist ein für die Charakteristik der herrschaftlichen Gewalt höchst bedeutungsvolles Moment. Der freie Entschluß des Herrn macht aus einem Gegenstand, der bisher kaum etwas anderes war als eine Sache, eine Person, einen römischen Bürger, ja möglicherweise sogar das Mitglied einer römischen Familie.[232] So ist nicht bloß die Tiefe, zu der jene Gewalt die unterworfene

230) L. 24—27 comm. div. (10. 3) l. 26 de usufr. (7. 1) l. 9 in quib. caus. pign. (20. 2).

230a) Dann gab es einen Servus sine domino, l. ult. pro derel. (41. 7); andere Entstehungsarten dieses Verhältnisses s. in l. 23 pr. de lib. causa (40. 12), Ulp. I, 19.

230b) Wenn der Sklave vorzugsweise »homo« genannt wird, so ist der Sinn dieses Sprachgebrauchs weniger darauf gerichtet, das Moment des Menschlichen im Gegensatz zum Sachlichen in ihm zu betonen als auf den Mangel der Rechtsfähigkeit, der den bloßen Menschen im Gegensatz zum Bürger charakterisirt, hinzuweisen, der Sklave ist nichts als homo d. h. nach antiker Auffassung rechtlos, so wie der Freie nichts als Bürger war, die volle Menschlichkeit kam weder in dem Einen noch dem Andern zum Vorschein; richtig bemerkt von Hasner, Philos. des Rechts 1851 §. 215.

231) L. 1 §. 3 de injur. (47. 10). Juristisch mußte sie unter den Gesichtspunkt einer mittelbaren Injurie gegen den Herrn gebracht werden, aber wenn der Sklave hier nur als Thier gegolten hätte, so hätte z. B. bei Körperverletzung nicht die Injurienklage, sondern die act. leg. Aquiliae gegeben werden müssen.

232) Gell. V. 19 §. 13: Alioquin si juris ista antiquitas servetur (nach neuerm Rechte nämlich war es unpraktisch) etiam servus a domino per

Person herabdrückt, sondern ebensowohl die Höhe, zu der sie dieselbe erheben kann, gleich charakteristisch für sie. Die Entfernung zwischen diesen beiden Endpunkten ist bei keiner andern Gewalt eine so ungeheure, und es gibt kein zweites Beispiel, woran die Vollgewalt des subjectiven Willens sich in so glänzender Weise bethätigte, als hier, wo derselbe einseitig über eines der höchsten Güter der römischen Welt verfügte — das römische Bürgerrecht.

Diese Verwandlung der Sache zur Person war bei der gewöhnlichen Freilassung Sache des Moments. Es konnte aber auch, und zwar bei dem Legat der Freiheit unter einer Bedingung, eine Art von Mittelstufe zwischen Person und Sache eintreten, und dieses Uebergangsstadium von der Sklaverei zur Freiheit hat etwas höchst Interessantes. Man mußte hier die gewöhnlichen Grundsätze über die herrschaftliche Gewalt verlassen, wenn der Zweck, um den es sich handelte, erreicht werden sollte. Dem Erben jene Gewalt ungeschmälert zuzusprechen, war undenkbar, besonders wenn die Bedingung in einer Handlung des Sklaven bestand;[233]) der Erbe hätte ihm dann ja die Vornahme der Handlung nur zu verbieten brauchen, um die Freiheit zu verhindern. Als Bedingung war häufig das Aufbringen eines Lösegeldes gesetzt, und wenn nicht das Gegentheil verordnet war, durfte der Sklave dasselbe aus seinem Peculium nehmen;[234]) es liegt aber auf der Hand, daß der Erbe durch Entziehung des Peculium die Erfüllung der Bedingung hätte vereiteln können. Man sieht, es bedurfte hier zur Erreichung des Zweckes einer gewissen Selbständigkeit des Sklaven gegenüber seinem jetzigen Herrn. Aber wie ließ sich, ohne aller juristischen Auffassung Hohn zu sprechen, ein

---

Praetorem dari in adoptionem potest, idque ait (Masurius Sabinus) plerosque juris veteris auctores posse fieri scripsisse.

233) L. 3 §. 3 de statulib. (40. 7).

234) L. 3 §. 1 de statulib. (40. 7): Et parvi refert, de peculio ei offerat an ab alio accepta; receptum est enim, ut servus peculiares quoque nummos dando perveniat ad libertatem.

„Recht" des Sklaven annehmen? Die Römer halfen ſich in dieſem Dilemma, was zunächſt den Erben anbetrifft, in der Weiſe, daß ſie die Verhinderung der Erfüllung der Bedingung von ſeiner Seite der Erfüllung derſelben gleich ſtellten, wodurch alſo der Erbe im Reſultat gebunden ward, die Verfügung des Teſtaments zu reſpectiren.[235]) Was ſodann den Sklaven anbetrifft, ſo ließ ſich die ihm vortheilhafte Dispoſition in der Weiſe an ihm befeſtigen, daß man das bezweckte Recht zu einer ſachenrechtlichen Qualität des Sklaven niederſchlagen ließ.[236]) Dem Erfolg nach war alſo der Sklave dem Erben gegenüber, ſoweit nöthig, ſelbſtändig.[236a])

Die rechtliche Qualität der Sache war die Schale, die den Keim der Perſon in ſich barg und ſchützte.[237])

---

235) Die alte Regel: quotiens per eum fit, cujus interest conditionem non impleri, quominus impleatur, perinde habendum est, ac si impleta conditio fuisset, l. 161 de R. J. (50. 17) ſcheint urſprünglich gerade für dieſen Fall aufgeſtellt und erſt ſpäter auf andere Verhältniſſe ausgedehnt worden zu ſein. Fest. sub voc. statuliber, Ulp. fr. II. §. 5, 6. L. 24 de cond. (35. 1).

236) Der Verkauf von Seiten des Erben ſchadete alſo nichts, denn die Sache behielt ihre rechtliche Qualität (d. h. unter einer Bedingung Perſon zu werden) auch beim Käufer bei, neque enim conditio quae personae ejus cohaesit, immutari . . . potest, wie die l. 5 Cod. si mancip. (4. 57) von einem ähnlichen Fall ſich ausdrückt; andere Wendungen in l. 6 si ex nox. (2. 9) implicitus ei casus libertatis, l. 9 §. 1 de statul. (40. 7) causa immutabilis. Bei den res publicae wurde die rechtliche Beſtimmung derſelben für den allgemeinen Gebrauch in derſelben Weiſe erwirkt. Auch bei ihnen nämlich verlegte man das Recht, welches dem Subject (allen Bürgern) zugedacht, aber als ſolches juriſtiſch nicht zu conſtruiren war, in die Sache hinein, erreichte den gewünſchten Zweck, indem man der Sache eine abſolute und unvertilgbare rechtliche Qualität zuſchrieb; ſ. darüber die obige Abh. von mir S. 397—400.

236a) Den juriſtiſchen Mechanismus, der in dieſen und in ähnlichen Fällen zur Anwendung gelangt, habe ich erklärt in meiner Abh. über die paſſiven Wirkungen der Rechte in meinen Jahrbüchern B. 10 S. 495 fl.

237) Das Gegenſtück zu dieſem Anfang der Perſon tritt beim Ende derſelben ein, nämlich der Uebergang der Perſon zur Sache. Unter der Schale der Perſon, nämlich dem von der römiſchen Jurisprudenz für den Nachlaß

Bei dieſem Verhältniß mußte auch der vermögensrechtliche Verkehr zwiſchen Herrn und Sklaven, der ſonſt vom Recht als etwas rein Factiſches völlig ignorirt wurde, rechtliche Bedeutung gewinnen. Schulden und Forderungen zwiſchen Herrn und Sklaven waren juriſtiſch ein Unding, konnten mithin nie vor Gericht zur Sprache gebracht werden. Aber bei dieſer Gelegenheit, wo dem Peculium des Sklaven, wenn die Abſicht des Teſtators nicht völlig vereitelt werden ſollte, eine rechtliche Unverletzlichkeit zuerkannt werden mußte,[238] verhielt ſich dies anders, und wir begegnen hier der intereſſanten Erſcheinung, jenen Verkehr zwiſchen Herrn und Sklaven förmlich nach den Civilrechtsregeln beurtheilt zu ſehen.[239] Man ſuchte zwar dieſe bedeutende Abweichung von der Conſequenz der herrſchaftlichen Gewalt dadurch etwas zu verdecken, daß man nur von obligationes naturales zwiſchen Herrn und Sklaven ſprach,[240] allein der Sache nach wurden in dieſem Fall, wie im ſpätern Recht bei der actio de peculio, Forderungen und Gegenforderungen anerkannt; der Sklave konnte alſo z. B., wenn es ſich um die Abtragung der ihm auferlegten Summe handelte, Auslagen für den Erben, wie umgekehrt letzterer Vorſchüſſe, die er ihm gegeben hatte, in Anrechnung bringen. Die Zeugniſſe, deren wir uns bedient haben, gehören zwar erſt dem ſpätern, das Verhältniß ſelbſt aber bereits dem älteſten Recht an. Die

aufgeſtellten Geſichtspunkt der Perſönlichkeit der heredites ſteckt die Erbſchaft als Erwerbs*object*, wie bei dem Sklaven im obigen Fall unter der juriſtiſchen Form eines eigenthümlichen Zuſtandes der Sache das künftige Rechts*ſubject* gedeckt wird.

238) L. 17 de statul. (40. 7) . . haec mens fuit constituentium, ut quasi *ex patrimonio* suo dandi eo nomine serva potestas esset.

239) So z. B. hinſichtlich der Frage, ob eine Forderung entſtanden, l. 49 §. 2 de pec. (15. 1). Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est . . . nuda ratio (die bloße Rechnung d. h. die bloße Eintragung als Schuldner, der nackte Wille Schuldner zu ſein) eum non facit debitorem, hinſichtlich des Erwerbs der Sachen das Requiſit der Tradition l. 8 ibid.

240) Factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem. L. 41 de pec. (15. 1).

XII Tafeln enthielten ſchon eine darauf bezügliche Entſcheidung,[242]) und wenn immerhin die vollſtändige civiliſtiſche Durchbildung des Verhältniſſes erſt ein Werk ſpäterer Zeiten ſein mag, ſo läßt es ſich auch für die älteſte Zeit in ſeinen weſentlichen Grundzügen nicht anders denken, als es hier geſchildert iſt.

Was dies Verhältniß der bedingten Freilaſſung für unſern Zweck beſonders intereſſant macht, iſt der Umſtand, daß hier die Sklaverei gewiſſermaßen über ſich ſelbſt hinausgeht, die abſolute Gewalt des Herrn über die Sache ſich an letzterer bis zu einem gewiſſen Grade bricht.[243])

So das abſtracte Recht der Sklaverei! Hält man ſich nun bloß hieran, wie es die herrſchende Anſicht thut, ſo muß man nothwendigerweiſe zu einem völlig verkehrten Urtheil über dies Inſtitut gelangen. So hat man ſich das Loos eines römiſchen Sklaven wie das eines heutigen Negerſklaven vorgeſtellt[244]) und ſich zu der Annahme verleiten laſſen, als ob das Verhältniß erſt in ſpäterer Zeit einen menſchlicheren Charakter angenommen habe, weil erſt in der Kaiſerzeit eine humane Anſchauungsweiſe innerhalb der Geſetzgebung ſichtbar wird. Das Verhältniß iſt in Wirklichkeit das gerade entgegengeſetzte geweſen. Die Sitte ſicherte dem Sklaven in alter Zeit ein weit beſſeres Loos, als ſpäterhin die Geſetzgebung es nur irgend vermochte.[245]) Meiner Anſicht

242) Ulp. fr. II §. 4 . . emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet idque lex XII tab. jubet. L. 25, l. 29 §. 1 de statul. (40. 7).

243) Ein anderes Verhältniß, in dem in Einer Beziehung wenigſtens die abſolute Rechtloſigkeit der Sklaven hintenangeſetzt wurde, war das der servi publici; ſie hatten nämlich das Recht über die Hälfte ihres Vermögens zu teſtiren, Ulp. fr. XX §. 16, und konnten ſelbſt mit freien Frauen eine Ehe eingehen (Th. Mommſen Röm. Staatsrecht I. 253), aber ſchwerlich gehört dieſe Singularität ſchon dem älteren Recht an.

244) So z. B. Schweppe röm. Rechtsgeſch. §. 343, der letzteres ſogar noch für milder hält! Auch Zimmern Geſch. des röm. Privatr. §. 180 läßt erſt „nach und nach den Zeitgeiſt mildernd eingreifen."

245) Die Beiſpiele ſchmählicher Grauſamkeit und Unmenſchlichkeit, die das landläufige Urtheil über den Charakter der römiſchen Sklaverei beſtimmt haben, ſtammen, ſoweit ich ſehen kann, meiſtens aus der ſpätern Zeit. Ein

nach müssen wir in der Geschichte der römischen Sklaverei zwei Perioden unterscheiden, nicht nach dem untergeordneten Gesichtspunkt, wie die Gesetzgebung sich zu diesem Institut verhalten, sondern nach dem Zuschnitt und Charakter, den dasselbe zu den verschiedenen Zeiten im Leben an sich trug.

Diese Verschiedenheit des realen Charakters der Sklaverei in früherer und späterer Zeit hatte ihren Grund theils in Momenten, die der Sklaverei eigenthümlich waren, theils in den allgemeinen Unterschieden der frühern und spätern Zeit rücksichtlich des Volkscharakters, der Sitte u. s. w.

Ein Umstand, der für die factische Gestaltung der Sklaverei in Amerika von größtem Einfluß ist, insofern er zwischen Herrn und Sklaven eine unübersteigliche Kluft offen hält, besteht bekanntlich in der Racen-Verschiedenheit zwischen Herrn und Sklaven. Im ältern Rom war eine solche nicht vorhanden. Der Sklave gehörte in der Regel einem benachbarten, nicht selten einem stammverwandten Volke an, stand auf derselben Bildungsstufe mit seinem Herrn, vielleicht gar auf einer höhern, kurz der Abstand zwischen beiden betraf nur das Rechtliche in ihrer Stellung, nicht das rein Menschliche. Wie änderte sich dies aber in späterer Zeit! In demselben Maße, in dem die beiden Hauptfactoren, welche Rom mit Sklaven versorgten, der Krieg und der Sklavenhandel, sich aus der Nähe von Italien entfernten und nach Asien und Afrika wandten,[246]) wurde der natürliche Abstand zwischen Herrn und Sklaven ein immer größerer. Es war nicht eine bloße Verschiedenheit der Sprache, Religion, Sitte u. s. w., die beide trennte, sondern sehr häufig[247]) die viel

---

Fall in alter Zeit beschwor der Sage nach den Zorn der Götter herauf. Macrob. Sat. 1, 11.

246) Gallus von Becker. Aufl. 2. von Rein. B. 2, S. 87 fl. (Abhandlung von Rein).

247) Bei den griechischen Sklaven stellte sich das Verhältniß bekanntlich oft gerade umgekehrt, aber der natürliche Einfluß der Bildung verläugnete sich auch bei ihnen nicht. Zwischen einem feingebildeten griechischen Sklaven,

weitere Kluft zwiſchen Bildung und Rohheit, zwiſchen Civiliſation und Barbarei, eine Kluft, die nicht bloß die Annäherung zwiſchen Herrn und Sklaven in hohem Grade erſchweren, ſondern mit pſychologiſcher Nothwendigkeit die im Charakter des Herrn etwa vorhandene Härte, Schroffheit, Willkür u. ſ. w. entfeſſeln und herausfordern mußte. Die Herrſchaft über Völker wie Individuen wird überall einen verſchiedenen Charakter an ſich tragen, je nachdem die Beherrſchten aus demſelben oder aus einem andern Stoffe gemacht ſind als der Herrſcher. Der amerikaniſche Sklave würde ein ganz anderes Loos haben, wenn er dieſelbe Farbe trüge, wie ſein Gebieter!

Ein zweites unendlich wichtiges Moment war der Umſtand, daß Kriegsgefangenſchaft urſprünglich und lange Zeit die hauptſächlichſte Quelle der Sklaverei war. Von welchem Einfluß dieſer Umſtand ſein mußte, liegt auf der Hand. Einmal nämlich galt hinſichtlich der Kriegsgefangenſchaft völkerrechtlich der Grundſatz der Reciprocität; die Römer erkannten den Satz, daß Kriegsgefangenſchaft Sklaverei begründe, auch gegen ſich an. Ein Loos aber, das bei den Wechſelfällen des Krieges jeden Augenblick auch den vornehmſten Römer treffen konnte, ein Verhältniß, in das Tauſende von Römern gerathen waren und immer wieder geriethen, mußte von vornherein ſchon mit ganz andern Augen betrachtet werden als das Verhältniß eines heutigen Negerſklaven, in dem ja die in Amerika herrſchende Anſicht nichts als den Zuſtand einer niedrigeren, zum Dienen beſtimmten Menſchenklaſſe erblickt. Der Geſichtspunkt einer Waare, eines Handelsobjects mochte juriſtiſch noch ſo ſehr begründet ſein, factiſch oder ſittlich war er unmöglich durchzuführen. Factiſch konnte ein Römer den kriegsgefangenen Feind, der in ſeiner Heimath vielleicht eine hervorragende Stellung eingenommen, der ihm noch vor kurzem auf

---

der dem Herrn als Vorleſer, Sekretär, Erzieher ſeiner Kinder u. ſ. w. diente, und einem rohen Barbaren, der nur zu knechtiſchen Dienſtleiſtungen verwandt werden konnte, war zwar im Recht kein Unterſchied vorhanden, aber hinſichtlich ihrer factiſchen Stellungen ein ungeheurer.

dem Schlachtfelde als freier Mann und würdiger Gegner gegenüber geſtanden, der möglicherweiſe in nächſter Zeit ſchon durch ſeine Verwandten eingelöſt ward, um zu dem Genuß aller ſeiner Rechte, Würden u. ſ. w. zurückzukehren — factiſch konnte ein Römer einen Solchen nicht mit der Rückſichtsloſigkeit behandeln, nicht mit der Verachtung auf ihn herabſehen, welche die Sklaverei der ſpätern römiſchen Zeit und vor allem die der Gegenwart charakteriſirt.[248]) Es kommt hinzu, daß hinſichtlich der factiſchen Behandlung des kriegsgefangenen Sklaven unter den in Krieg verflochtenen Völkern ohne Zweifel eine Reciprocität Statt fand, daß alſo die Römer darauf gefaßt ſein mußten ſich ſelbſt als Kriegsgefangene mit derſelben Strenge und Grauſamkeit behandelt zu ſehen, die ſie gegen die gefangenen Feinde übten.[248a]) So begreift es ſich, daß der römiſche Senat aus Gründen der Politik (aus Gründen der Menſchlichkeit that es der Cenſor) Veranlaſſung nehmen konnte, ſich des Looſes der Sklaven anzunehmen.[249]) Die Unmenſchlichkeit eines einzelnen Römers gegen ſeinen Sklaven konnte allen in feindlicher Gewalt befindlichen Römern die bitterſten Früchte tragen, ja Urſache werden, daß die factiſche Geſtaltung der Sklaverei bei allen benachbarten Völkern einen ſchrofferen Charakter annahm.

Ein drittes einflußreiches Moment war für die alte Zeit die geringe Zahl der Sklaven.[250]) Der Herr kannte jeden ein-

---

248) Bezeichnend für die ſociale Stellung der Sklaven in alter Zeit iſt, daß Serv. Tullius nach der Sage das Kind einer Sklavin geweſen ſein ſoll, ebenſo daß das ältere Recht die Adoption eines Sklaven kannte. (Note 232.)

248a) Plautus Capt. 2, 2, 61 seq.

Tam mihi quam illi libertatem hostilis eripuit manus,
Est profecto Deus, qui quae nos gerimus auditque et videt,
Is uti tu me hic habueris proinde illum illic curaverit.

Macrob. Sat. 1, 11: tam tu illum videre liberum potes, quam ille te servum.

249) Dionys. 7, 73. Plutarch. Coriolan. 24, 25.

250) S. die Belege bei Becker Gallus Aufl. 2 B. 2, S. 91. (Abh. von Rein.)

zelnen derſelben, was in ſpäterer Zeit oft abſolut unmöglich war, er war mit ſeinen Schickſalen und ſeinen perſönlichen Zuſtänden vertraut, und leicht ſtellte ſich ein Intereſſe für den Sklaven, wohl gar ein genaueres Verhältniß zwiſchen beiden ein. Als mit dem Ende der Republik und in der Kaiſerzeit die Zahl der in dem Beſitz eines Einzelnen befindlichen Sklaven in's Ungeheure wuchs,[251]) mußte dies nothwendig einen ganz andern Ton in das Verhältniß bringen. Der mildernde Einfluß der perſönlichen Beziehungen fiel hinweg oder kam wenigſtens nur der verhältnißmäßig kleinen Zahl derjenigen zu gute, welche die Aufmerkſamkeit des Gebieters erregt hatten oder durch ihren Dienſt in ſeine Nähe gebracht wurden; die übrigen ſtanden ihm ſo zu ſagen als fungible, abſtracte Weſen, als Sklaven ſchlechthin, fremd und fern gegenüber.

Wichtiger noch als dieſes Moment iſt ein anderes, auf das auch die Römer ſelbſt[252]) für die alte Zeit ein entſcheidendes Gewicht legen, nämlich die Gemeinſamkeit der Arbeit und des häuslichen Lebens. Der Sklave der ſpätern Zeit war ein Diener, der der alten ein Gehülfe des Herrn. Darin liegt außerordentlich viel. Solange noch der Römer gemeinſchaftlich mit ſeinen Sklaven und Kindern das Feld beſtellte, war der äußere Abſtand zwiſchen ihnen allen kein ſo hoher. Jeder Tag vereinigte ſie wieder, die gemeinſame Arbeit näherte ſie einander und brachte ſie in ein vertrauteres und trauliches Verhältniß. Die eigene Anſtrengung lehrte den Herrn, dem Sklaven nichts Unmögliches zuzumuthen ſo wie die Brauchbarkeit und Tüchtigkeit des Sklaven zu würdigen und anzuerkennen. Eingeweiht in das Innerſte des Familienlebens, gegenwärtig ſelbſt beim Hausgottesdienſt, die Leiden und Freuden der Familie theilend, den Kindern von früh

251) Plinius Hist. nat. 33, c. 47 berichtet von einem Römer zur Zeit des Auguſt, der, obgleich er in den Bürgerkriegen viel verloren, doch über 4100 Sklaven hinterließ. Aehnliche Zahlen ſelbſt bis zu 10000 kommen öfter vor. Becker a. a. O. S. 92, 93.

252) Plutarch. Coriolan. c. 24.

auf nahe und für ihr ganzes Leben ein Gegenſtand der Anhänglichkeit, war der Sklave in der That ein Glied der Familie und ward auch als ſolches angeſehen und behandelt.[253] Daß die herrſchaftliche Gewalt aber bei dieſer Geſtaltung des Verhältniſſes nicht das Gehäſſige[254] haben konnte, das wir heutzutage in völlig unhiſtoriſcher Weiſe in ſie hineintragen, bedarf kaum der Erwähnung.

Wenn dies nun, wie hiſtoriſch unzweifelhaft, das wahre Verhältniß der Sache iſt, ſo können wir uns ſelbſt ſagen, unter welchem Geſichtspunkt die öffentliche Meinung eine grauſame, unmenſchliche Behandlung des Sklaven auffaſſen mußte, nämlich nicht als einen gleichgültigen Akt und als bloßen Gebrauch der herrſchaftlichen Gewalt, ſondern als einen in ſittlicher Beziehung und im öffentlichen Intereſſe gleich verwerflichen Mißbrauch derſelben. Den ſchlagendſten Beweis dafür liefert auch hier

253) Bei Beginn des Jahres wurden ſie von der Hausfrau, an den Saturnalien von dem Herrn bei Tiſche bedient. Macrob. Sat. I. 12. Sie aßen mit der Familie an demſelben Tiſch. Becker a. a. O. S. 117. Andere Züge hat Roßbach in dem genannten Werke S. 24 fl. geſammelt, bei dem ſich überhaupt eine richtige Anſchauung des Verhältniſſes findet, was man von Becker nicht rühmen kann. Roßbach hat namentlich auch die religiöſe Beziehung des Sklaven zum römiſchen Hauſe hervorgehoben (z. B. der Sklave konnte Opfer verrichten, nahm die Luſtration des Ackers vor, die villica richtete an gewiſſen Tagen ein Gebet an die Laren, die Diana war die Schutzgöttin der Sklaven, die Grabſtätte der Sklaven [nicht ſelten mit kunſtvollen Monumenten geſchmückt; Inſchriften bei Orelli Corp. Inscr. I. c. 9] war locus religiosus, während es die des Feindes nicht war. R. Elvers de reb. relig. Gott. 1851. l. 2 pr. de relig. [11. 7] Varro de L. L. 6, 24): dies manibus servilibus. Das Sklavenkind galt nicht als fructus, d. h. der bonae fidei possessor ſowohl als Uſufructuar mußten es, damit es nicht von der Mutter getrennt werde (»dura separatio« l. 12 §. 7 de instr. leg. 33. 7), mit letzterer reſtituiren l. 10 §. 2 de J. D. (23. 3).

254) Macrob. Saturn. 1, 11. Majores nostri omnem dominis invidiam, omnem servis contumeliam detrahentes, dominum patrem familias, servos familiares appellaverunt. Die heimgekehrten Sklaven unterhalten mit ihren ehemaligen Herren auch für die Folgezeit ein freundſchaftliches Verhältniß. Liv. 2. 22.

wieder der Censor, der die Herren in einem solchen Fall zur Verantwortung zog.[255]) Kurz eine Menge Einflüsse, Rücksichten, Umstände waren thätig, um die in Thesi unbeschränkte Gewalt in Wirklichkeit auf ein ganz verständiges Maß zurückzuführen. Wie manches, was der Herr gern hätte thun mögen und rechtlich hätte thun dürfen, mochte er in alter Zeit unterlassen aus Scheu vor der öffentlichen Meinung, oder selbst aus Scham vor dem Sklaven. Die Sitte hatte einmal gewisse Normen aufgestellt, von denen der Einzelne, ohne sich dem öffentlichen Gerede auszusetzen, nicht abgehen konnte, so z. B. hinsichtlich der Beköstigung[256]) und der Bekleidung der Sklaven.[257]) Die scriptores rei rusticae enthalten über die Behandlung und das Loos der zum Landbau verwandten Sklaven manche bemerkenswerthe Notizen. Ueberall wird die gerechte, anständige und rücksichtsvolle Behandlung derselben eingeschärft,[258]) namentlich wird dem abwesenden Herrn zur Pflicht gemacht, die Vorgesetzten der Sklaven streng zu controliren und den Sklaven häufig Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerden vorzubringen. Selbst an einer gewissen persönlichen Unabhängigkeit und Behaglichkeit fehlte es wenigstens in manchen Stellungen dem Sklaven nicht. So warnte Cato,[259]) die Frau

255) Dionys. 20. 13.

256) So z. B. Cato de re rustica c. 57 über die Weinration. Val. Max. 4. 3. 7 (von seiner Zeit): a servis vix impetrari potest, ne eam supellectilem fastidiant, qua tunc consul uti non erubuit. Die Rationen waren so zugemessen, daß ein Sklave durch Verkauf des Ueberschusses sich etwas erübrigen konnte.

257) z. B. l. 15 §. 2 de usufr. (7. 1) sufficienter autem alere et vestire debet (usufructuarius) secundum ordinem et dignitatem mancipiorum.

258) Varro de re rust. 1, 17 Colum. 1, 8. Der Herr solle sie zutraulich behandeln, mit ihnen scherzen, sie um Rath fragen, den Verwalter an Festtagen zur Tafel ziehen u. s. w. An Festtagen soll auch der Sklave von der Arbeit ruhen, Cic. de leg. 2, 12. Er soll ganz wie ein gemietheter Tagelöhner (mercenarius) gehalten werden. Cic. de off. 1, 13. Die Anschauungsweise der späteren Zeit entnimmt man aus Seneca epist. 47, der sie bekämpft.

259) Cato de re rust. c. 143.

des Aufſehers (villica) ſolle nicht zu großen Luxus treiben, nicht zu lebendigen Verkehr mit den Nachbarinnen unterhalten, nicht auswärts zu Tiſch gehen.

Beſondere Hervorhebung verdient das Peculium. Es lag ganz im Geiſte der römiſchen Sparſamkeit und Erwerbſucht, daß man dieſe Eigenſchaften ebenfalls bei Sklaven zu wecken ſuchte. Dies war aber nur unter der Vorausſetzung möglich, daß der Sklave die Ausſicht hatte, das erworbene Vermögen zu behalten. Sicherlich galt es in Rom als ehrenrührig, dem Sklaven das Peculium ohne die dringendſten Gründe zu entziehen.[260] Den Grund zu demſelben legte entweder der Herr durch ein Geſchenk oder einen Vorſchuß,[261] oder die häusliche Erſparniß des Sklaven an Speiſe und Trank[261a] oder die ſelbſt bei Sklaven faktiſch mögliche und vorkommende Dos ſeiner Frau;[261b] der Betriebſamkeit und fortgeſetzten Sparſamkeit deſſelben blieb es überlaſſen, es zu vermehren. Sorgloſigkeit in dieſer Beziehung galt als ein ſchlechtes Zeichen.[262] Wenn es dem Sklaven mit ſeinem Erwerb glückte, ſo bot ihm das Peculium theils Gelegenheit ſich loszukaufen[263] (häufig hatte der Herr ihm ſchon im voraus die Summe bezeichnet), theils ſich ſeine Lage behaglicher zu machen

260) So erklärt es ſich, daß es ihm auch bei Verkauf gelaſſen zu werden pflegte, Varro 2. c. 10 peculium solet accedere, und ſelbſt bei Freilaſſungen war dies ſo gewöhnlich, daß dafür eine rechtliche Vermuthung aufgeſtellt ward. Vat. fragm. §. 261.

261) Für die familia rustica räth Varro 1. 17 dem Herrn an, dem Sklaven zu verſtatten, ein Stück Vieh mit auf die Weide zu treiben.

261a) Seneca epist. 80; peculium suum quod comparaverunt ventre fraudato pro capite numerant Terent. Phormio I, 1, 9—12, l. 39 de pec. (15. 1).

261b) L. 39 pr. de J. D. (23. 3).

262) z. B. Virgil Bucol. 1. 33 nec spes libertatis erat nec cura peculii. Cic. in Verr. II. lib. 3 c. 38. Plautus Casin. 2, 3, 39, 40; umgekehrt ein großes Peculium als Beweis der Tüchtigkeit: Plaut. Asin. 2, 4, 91 frugi tamen sum nec potest peculium enumerari.

263) Note 261a. Daher die Verbindung der spes libertatis und des peculium, wie in der Stelle der vorigen Note und beim statuliber.

z. B. durch Ankauf eines vicarius, der zu ihm im Verhältniß des Dieners zum Herrn ſtand.[264]) Es kam auch vor, daß der Herr den Sklaven gegen einen beſtimmten Zins oder einen Antheil am Verdienſt ganz ſeiner eigenen Betriebſamkeit überließ.[265]) Beſondere Conceſſionen von Seiten des Herrn wurden auch wohl eigens erkauft; ſo ließ Cato ſich z. B. den Heirathsconſens bezahlen. Aus allem dieſem geht hervor, daß man dem Sklaven factiſch eine Art vermögensrechtlicher Selbſtändigkeit zugeſtand, das Peculium thatſächlich als ſein Vermögen reſpectirte. Der Sklave ſelbſt mochte ſich in dem Beſitze deſſelben ſeinem Herrn gegenüber eben ſo ſicher und berechtigt fühlen, wie die Beſitzer des ager publicus oder des solum provinciale gegenüber dem Staat. Dem abſtracten Recht nach ſtand der Provinzialgrund und -Boden im Eigenthum des Staats, und die Beſitzer deſſelben hätten weder rechtlich noch factiſch die Einziehung ihres Beſitzes von Seiten des Staats verhindern können; aber eine ſolche kam eben nicht vor, und Niemand befürchtete ſie. Und ſo verhielt es ſich auch mit dem Eigenthum des Herrn am Peculium des Sklaven, wenigſtens bei allen Leuten von Ehre und Rechtlichkeit. Es begriffe ſich ſonſt nicht, wie ein Herr darauf hätte kommen können von ſeinem Sklaven zu leihen, anſtatt ihm einfach das benöthigte Geld wegzunehmen.

So dürfte denn die Lage der Sklaven im allgemeinen kaum eine andere geweſen ſein als die unſerer heutigen Dienſtboten.[265a]) Charakteriſtiſch dafür iſt insbeſondere das große Vertrauen, das

264) Hor. Sat. 2. 7, 79. Vicarius est, qui servo paret. S. Becker a. a. O. S. 94, 95. Es kommen ſehr reiche Sklaven vor, die einen größeren Aufwand machten als heutzutage mancher hochgeſtellte Staatsdiener. Becker, S. 120.

265) S. z. B. l. 14 pr. de statul. (40. 7).

265a) Wie manche heutige Dienſtboten würden gern ein ſolches Leben führen, wie Columella 1, 8 es von den Sklaven in der Stadt ſchildert socors et somniculosum genus id mancipiorum, otiis campo circo theatris aleae popinae lupanaribus consuetum. Cicero ad Att. 7, 7 verſchiebt ſeine Ankunft, um ſeinem Geſinde nicht zur Unzeit zu kommen.

man ihnen erwies, indem man sie mit Geldsendungen und andern werthvollen Transporten über See und in weite Ferne schickte.[266]) Wäre das Loos der Sklaven ein so gräßliches gewesen, so hätte man das in der That doch nicht wagen können. Denselben Schluß begründen die uns aufbewahrten mancherlei Züge einer rührenden Anhänglichkeit, welche die Sklaven ihren Herren in Verhältnissen bewiesen, wo effectiv die Macht der Herren über sie vollständig vernichtet war, sie selbst also völlig frei waren.[267])

Ein anderer Punkt, der den Geist, in dem die Sklaverei bei den Römern gehandhabt wurde, charakterisirt, ist die Häufigkeit der Freilassungen. Für die folgende Periode ist das Material für diese Frage sehr reichhaltig, für die gegenwärtige dürftig. Es war in späterer Zeit herkömmlich, unter gewissen Voraussetzungen dem Sklaven die Freiheit zu schenken,[268]) ja es galt als Ehrenpunkt, recht viel Freigelassene zu haben; die Geneigtheit zur Freilassung artete in eine wahre Sucht aus, der die Gesetzgebung genöthigt war Einhalt zu thun. Welch bedeutenden Bruchtheil der römischen Bevölkerung in späterer Zeit die Freigelassenen bildeten, geht aus manchen Zügen hervor, von denen ich nur folgenden namhaft mache. Unter den 21 Grammatikern, die Sueton in seiner Schrift de grammaticis (c. 3—24) aufführt, befinden sich nicht weniger als 13, bei denen er ausdrücklich erwähnt, daß sie Freigelassene gewesen seien. Er berichtet ebendaselbst (c. 3) von Einem derselben, der für die unglaubliche Summe von 700000 Sestertien (über 40000 Thlr.) gekauft und gleich darauf von seinem Herrn freigelassen wurde. Daß aber schon in alter

266) L. 4 §. 1 de naut. foen. (22. 2) l. 10 qui et a quib. (40. 9). So wird auch erklärlich, was Sueton de grammaticis c. 21 berichtet, daß der Grammatiker Cajus Melissus permansit in statu servitutis praesentemque conditionem verae origini (er war frei geboren, aber von seinen Eltern ausgesetzt worden) anteposuit.

267) So z. B. zur Zeit der Bürgerkriege die Sklaven der Proscribirten. Val. Max. 6, 8 de fide servorum. Macrob. Sat. 1, 11. — Besuche von ehemaligen, zu den Ihrigen zurückgekehrten Sklaven Liv. II. 22.

268) Man vergleiche z. B. was Columella 1, 8 von sich berichtet.

Zeit die Zahl der Freilassungen eine nicht unbedeutende gewesen sein muß, ergibt sich daraus, daß die vicesima manumissionum, die im Jahre der Stadt 398 eingeführt wurde, schon sofort nach ihrer Einführung eine beträchtliche Einnahmsquelle des Aerars bildete.[269])

Es war uns bei der vorliegenden Darstellung nicht sowohl darum zu thun, eine bisher in der Regel falsch beurtheilte Seite des römischen Lebens im richtigen Lichte zu zeigen, als vielmehr den wahren Sinn der herrschaftlichen Gewalt zu ermitteln, zu zeigen nämlich, daß letztere nicht den Zweck hatte, die Rohheit und Willkür des Herrn gegenüber einem wehrlosen Sklaven zu legalisiren, sondern dem Herrn im Vertrauen auf seine Gerechtigkeit und Menschlichkeit und unter der durch den Censor geübten Oberaufsicht des Staats ein auch für die exorbitantesten Fälle vollkommen ausreichendes *Hausregiment* über sein Gesinde zu geben. Dieser Gesichtspunkt wird uns zwar mit der Thatsache der *Sklaverei* nicht auszusöhnen vermögen, wohl aber bis zu einem gewissen Maße mit der gerade am meisten angefochtenen *Unbeschränktheit* jener Gewalt im ältern Recht.

2. Die väterliche Gewalt.

Die väterliche Gewalt war ihrem Gehalt und Zuschnitt nach Jahrhunderte hindurch der herrschaftlichen nahezu gleich,[271]) ohne daß dadurch der in Bezug auf ihre *absolute* Rechtsstellung stattfindende Unterschied zwischen Kindern und Sklaven[272]) im min-

269) In dieser Voraussetzung ward sie eingeführt, Liv. VII, 16: Patres, quia ea lege *haud parvum* vectigal *inopi* aerario additum fuisset, auctores fuerunt. Dieses Geld (aurum vicesimarium) wurde im aerarium sanctius für Nothfälle aufbewahrt. Im Jahre 543 nahm man nicht weniger als 4000 Pfd. Gold daraus. Liv. XXVII. 10.

271) Die Römer der spätern Zeit betrachteten die patr. pot. als etwas ganz besonderes, was sich nur bei ihnen finde (Gaj. I. 54), während dasselbe Maß der Gewalt gegenüber den Sklaven ihnen als etwas ganz reguläres, überall vorkommendes erschien (Gaj. I. 52) und umgekehrt die spätere Beschränkung desselben als etwas eigenthümliches (Gaj. I. 53).

272) Der der Freiheit und Unfreiheit. Daher für die Kinder im Gegensatz zu den Sklaven der Name: liberi, Freie. Der Unterschied äußerte sich

beſten berührt worden wäre. Ihr relatives Verhältniß zum Innehaber der Gewalt war im weſentlichen daſſelbe.

Auch die Kinder alſo konnten nichts Eigenes haben,[273]) auch ſie waren dem jus necis ac vitae des Vaters unterworfen, auch

---

bei Lebzeiten des Herrn nur in ſtaatsrechtlicher Beziehung (namentlich auch darin, daß der Sohn ihm in dieſer Beziehung völlig ſelbſtändig gegenüberſtand; ein celebres Beiſpiel dafür bei Cic. de invent. II. 17), erſt mit dem Tode deſſelben auch in privatrechtlicher. Denn die Sklaven blieben, was ſie waren, die Kinder hingegen wurden sui juris und ſetzten als ſolche, wenn der Vater ſie nicht enterbt hatte, die familia fort, der ſie bisher nur paſſiv angehört hatten.

273) Nicht bloß kein Vermögen, ſondern auch keine Gewalt über Perſonen. Hinſichtlich der patr. pot. iſt dies zweifellos, hinſichtlich der manus beſtritten, aber mit Unrecht. Man hat dabei nicht bloß das ausdrückliche Zeugniß von dem Gewährsmann des Gellius 18, 6, 9: quae in mariti manu mancipioque *aut in ejus*, in cujus maritus manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset (wörtlich gleichlautend bei Servius ad Aen. XI. 476, verſtümmelt bei Non. de diff. verb. ed. 442, 9 ed. Gerlach et Roth p. 299 in familia mancipioque sit *patris*, etsi in *mariti* matrimonio sit) überſehen, ſondern nicht bedacht, daß, wer ſelber in der Gewalt ſteht, unmöglich über andere Perſonen Gewalt haben kann. Wenn von einer manus des Hausſohnes über die Frau die Rede iſt, z. B. bei Gaj. I, 148. Ulp. fragm. 22, 14, ſo iſt dies nicht anders zu verſtehen, als: „wenn unſer Sohn, den wir in der Gewalt haben, eine Ehe *mit* manus eingegangen iſt," ohne daß er ſelbſt damit als Innehaber der manus bezeichnet werden ſollte. Die Hauptwirkung der manus, nämlich die vermögensrechtliche, war ja in ſeiner Perſon völlig undenkbar. — Die hier geäußerte Anſicht iſt von *Walter* Röm. Rechtsgeſchichte Aufl. 3. II. §. 504 befremdlich gefunden. Zu ihrer Rechtfertigung wird Folgendes genügen. Der obige Satz: wer ſelber in einer Gewalt iſt, kann keinen andern in ſeiner Gewalt haben, folgt nicht bloß aus der Natur der hausherrlichen Gewalt, ſondern iſt in l. 21 ad l. Jul. de adult. (48. 5): in sua potestate videtur non habere, qui non est suae potestatis ausdrücklich ausgeſprochen. Hatte alſo der ſelbſt in der Gewalt befindliche Ehemann das jus necis ac vitae über die Frau? Nein, arg. l. 21 cit. Hatte er ihr Vermögen? Nein. Konnte er die manus vor Gericht vindiciren? Nein. Was hatte er denn? Nichts! Wenn man dieſes Nichts mit dem Namen manus benennen will, ſo habe ich nichts dagegen. Betrachten wir jetzt das Verhältniß der Frau zum Schwiegervater. Daß ihre Dos in

sie konnte er verkaufen, freilassen oder lebenslänglich in der Gewalt zurückbehalten, sie verheirathen und die Ehe wieder trennen u. s. w. Für das ältere Recht läßt sich meines Wissens nur eine einzige wirklich nennenswerthe Differenz zwischen der herrschaftlichen und väterlichen Gewalt nachweisen. Hinsichtlich der Veräußerung der Sklaven ist der Hausherr unbeschränkt, hinsichtlich der des Sohnes nicht; wenn er denselben drei Mal veräußert hat, so soll derselbe einer Bestimmung der XII Tafeln[273a]) zufolge für immer frei sein (si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto). Wie war aber ein dreimaliger Verkauf denkbar? War der Sohn nicht bereits mit dem einmaligen definitiv von der Gewalt gelöst? Die Sache ist die, daß das in dieser Weise (nicht also durch noxae datio oder bloß Scheines halber) begründete Mancipium am Sohn mit jedem Lustrum (dem Abschluß der Censusperiode) auf Antrag desselben aufgehoben werden konnte.[274])

---

sein Vermögen fiel, ist bekannt; daß ihr gesammter Erwerb ebenfalls ihm zufiel, wird Niemand bezweifeln, schwerlich auch, daß ihm die Hausgerichtsbarkeit über sie zustand. Nach dem Tode des Sohnes hätte, wenn sie nicht bisher schon in der Gewalt des Schwiegervaters gestanden hätte, ihr Verhältniß zu letzterem aufhören müssen. War dies der Fall? Nein! Sie beerbte ihn sogar mit; Gaj. 2, 159, s. auch Gaj. 3, 41 und er konnte ihr einen Vormund im Testament ernennen. Gaj. 1, 148. — Der obigen Ansicht hat sich (ohne Nennung meines Namens) angeschlossen Voigt: Die lex Maenia de dote, Leipz. 1866 S. 75—77.

273a) Nach Plut. Num. 17 hätte der verheirathete Sohn schon in ältester Zeit überhaupt nicht verkauft werden dürfen.

274) Nicht: „von selbst aufhörte," wie es in den frühern Ausgaben hieß, denn Gaj. I. 140 sagt: invito eo, cujus in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt. Insofern gebe ich Adolf Schmidt: Das Hauskind im Mancipium. Leipzig 1879. S. 16 in seiner Bekämpfung der obigen Ansicht Recht, im übrigen halte ich den Widerspruch, den er derselben entgegensetzt, für unbegründet. Wenn der Vater das Kind mit einem Male für die ganze Lebenszeit hätte verkaufen können, so hätte die Beschränkung des Verkaufsrechts auf dreimalige Ausübung gar keinen Sinn gehabt. — Walter Röm. R. G. II, §. 508 Note 58 nimmt an, daß Gajus am Anfang des §. 140 den bloß dicis causa Mancipirten im Auge habe, während ich denselben in den Worten: excepto eo, quem pater ea

Wenn aber der Vater nur für ein Lustrum verkaufen konnte, so ließ sich der Verkauf nicht als eine definitive Entäußerung der väterlichen Gewalt betrachten, sondern nur als eine zeitweilige Suspendirung derselben, ein Vermiethen des Kindes, es wachte mithin mit dem Wegfallen des Mancipiums die väterliche Gewalt wieder auf. Die wohlthätige Intention jener liberirenden Wirkung des Census ließ sich aber durch stets wiederholten Verkauf gänzlich vereiteln; verhindert, das Kind mit Einem Male auf Lebenszeit zu verkaufen, veräußerte der Vater es mit jedem Lustrum von neuem. Hier griffen die XII Tafeln in das Recht des Vaters ein, indem sie es auf dreimalige Ausübung beschränkten. Da sie nur des Sohnes Erwähnung gethan hatten, so wandte die Interpretation die Bestimmung auf Töchter und Enkel nicht an, legte vielmehr hinsichtlich ihrer schon dem einmaligen Verkauf dieselbe Wirkung bei.

Dieser Eingriff des Gesetzes in die patr. pot. hat etwas Lehrreiches. Es muß nämlich auffallen, daß das Gesetz den Sohn gegen ein verhältnißmäßig geringes Uebel sicher stellte, ihn aber gegen weit größere Gefahren z. B. gegen eine ungerechtfertigte Anwendung des jus necis ac vitae völlig schutzlos ließ. Wenn dasselbe in dem dreimaligen Verkauf des Sohnes einen Mißbrauch der väterlichen Gewalt erblickte, den es durch Entziehung des weiteren Verkaufsrechts zu strafen für nöthig hielt, warum setzte

---

lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur erblicke. Was soll sonst mit letzterm gemeint sein, und was sollte für die ernstlich Mancipirten gelten? — Eine ähnliche Bestimmung enthielt das mosaische Recht: Der Hebräer, der sich als Knecht verkauft hat, — abgesehen von der befreienden Wirkung des Jubeljahres, die sich auch an ihm vollzog, Moses 3, 25, 39 fl. — soll mit dem siebenten Jahre frei werden. Moses 5, 15, 12 fl. Schnell Israel. Recht. S. 29, 30. Eine neuere Anwendung jener fünfjährigen Dienstzeit des ältesten Rechts s. in l. 20 Cod. de postl. revers. (8. 51) von Honorius und Theodosius; der losgekaufte Gefangene (redemtus) wird, wenn er den gezahlten Kaufpreis nicht abtragen kann, »opere quinquennii« frei. Im angelsächsischen Recht war durch den Einfluß der Kirche das Verkaufsrecht beschränkt worden.

es nicht auf den anderweitigen Mißbrauch der Gewalt ebenfalls eine Strafe? Offenbar, weil es ihn nicht befürchtete.

Die Römer scheinen eine Lösung des Bandes zwischen Vater und Sohn, sei es durch Verkauf, durch Freilassung oder durch Uebertragung der patr. pot. auf einen andern (in adoptionem datio) nicht mit günstigen Augen angesehen zu haben. Nach der Form dieser beiden letzten Rechtsgeschäfte zu schließen, haben sich dieselben erst nach den XII Tafeln gebildet,[275]) und wenn man bedenkt, daß sie gegenüber der Bedeutung und Auffassung der Familie in alter Zeit etwas Unnatürliches enthalten, läßt sich dies wohl begreifen.

Der Zustand, in den das Mancipium den Sohn brachte, hatte nach Aussage der Römer eine gewisse Aehnlichkeit mit der Sklaverei, allein mehr factisch als rechtlich. Denn in rechtlicher Beziehung bestanden sehr wesentliche Verschiedenheiten zwischen beiden Verhältnissen, namentlich die Verantwortlichkeit des Mancipatars bei schlechter Behandlung des Kindes[276]) und die Unübertragbarkeit des Mancipiums.[277])

---

275) Wenn man jene Rechtsgeschäfte schon in früherer Zeit kannte und also auch eine Form dafür besaß, wie konnte man auf den künstlichen, durch Worte der XII Tafeln, die hierauf gar keinen Bezug hatten, veranlaßten Umweg (Gaj. 1, 132) verfallen?

276) Geltend gemacht durch act. injuriarum. Gaj. 1, 141. Wann und von wem sie angestellt werden konnte, wird hier nicht gesagt; daß der Sohn selbst nicht klagen konnte, solange er nicht sui juris geworden, läßt sich wohl als unzweifelhaft betrachten, bis dahin konnte also nur der Mancipant die Klage erheben. Böcking, Institut. §. 47.

277) Als Mancipanten werden bei Gajus überall nur die parentes und coemptionatores genannt; der Mancipatar konnte, wie es scheint, das Kind nur dem Vater selber zurück mancipiren, Gaj. 1, 115. 134. 140., worauf für letzteren die Möglichkeit beruhte Patron des Kindes zu werden, Gaj. epit. 1. 6 §. 3. Es erklärt sich diese Eigenthümlichkeit sehr wohl, wenn man bedenkt, von welcher Wichtigkeit für Vater und Sohn die Person des Mancipatars war. Mit der Veränderung der Person hätte das Verhältniß seinen Charakter verändert, das Vertrauen, das man zu dieser Person hegte, hatte man nicht zu jeder andern u. s. w. Der juristischen Construction nach

3. Die eheherrliche Gewalt.

Es gab bekanntlich zwei Arten der Ehe, die Ehe mit manus und ohne manus. Die Stellung der Frau in einer Manusehe unterschied sich in vermögensrechtlicher Beziehung in nichts von der der Sklaven und Hauskinder,[278]) es bedarf also nur die persönliche Seite des Verhältnisses einer Berücksichtigung.

Daß die manus auch in dieser Beziehung im wesentlichen der patr. pot. gleich gewesen, wird von Manchen bezweifelt. So meint man namentlich, daß die Ausübung des jus necis ac vitae hier nicht bloß der Sitte, sondern dem Recht nach an die Zuziehung des Verwandtengerichts geknüpft gewesen sei. Ich halte dies für unrichtig und werde diesen Punkt später bei Gelegenheit des mildernden Einflusses der Sitte behandeln. Hinsichtlich der Dauer dieses Gewaltverhältnisses verläugnet sich die Consequenz der hausherrlichen Gewalt auch darin nicht, daß nur der Mann, nicht aber die Frau die Manus aufheben konnte. Möglich, daß die Scheidung bei einer confarreirten Ehe[279]) ursprünglich

---

lag hier ein Analogon der tutela cessitia (Ulp. fragm. 9, 7) vor, für die v. Scheurl Beitr. B. 2. Abth. 1 ganz zutreffend den Gesichtspunkt einer rein persönlichen Substitution aufgestellt hat. Hinsichtlich der Unübertragbarkeit ist die Gleichheit beider Verhältnisse unläugbar, ebenso bewährt sie sich daran, daß wenn das Recht des Mancipatars mit Ablauf des Lustrums erlosch, das des Mancipanten ganz wie das des Cedenten bei der tutela cessitia wieder aufwachte. Wie weit sie im übrigen ging, darüber lassen sich nur Vermuthungen äußern. — Gegen die obige Ansicht (ohne beachtenswerthe Gründe) Schlesinger in der Zeitsch. für R.-G. VI. S. 121, 122.

278) Daß die Frau kein Peculium hätte haben können, ist eine alles Grundes entbehrende Idee. Plaut. Cas. II. 2, 26: nam peculii probam nihil habere addecet clam virum (also mit Einwilligung des Mannes wohl), daß es aber bei ihr unendlich viel seltener vorkommen mußte als bei Hanssöhnen und Sklaven, lehrt ein Blick auf das Verhältniß.

279) Bekanntlich eine sehr bestrittene Frage. K. Wächter über Ehescheidungen bei den Römern S. 63 fl. Hasse Güterrecht der Ehegatten S. 133 fl. u. 475 fl. Zimmern Rechtsgesch. B. 2, S. 561.

mit Schwierigkeiten verbunden war; für die gegenwärtige Periode läßt sich das unbeschränkte Scheidungsrecht des Mannes auch für die confarreirte Ehe nicht bezweifeln.

Nur hinsichtlich Eines Punktes sind Zweifel möglich, die ich nicht zu entscheiden wage, nämlich darüber, ob der Mann die Frau sei es zum Zweck des Verkaufs oder der noxae datio habe in's Mancipium geben können. Daß die Sitte dies als einen schmählichen Frevel gegen die Heiligkeit der Ehe verpönt haben mag, läßt sich begreifen, und das angebliche Verbot des Romulus [280]) hat wohl keinen andern Sinn. Davon ist aber die Frage von der rechtlichen Statthaftigkeit jener Maßregel wohl zu unterscheiden. Für die Annahme derselben spricht der Umstand, daß der Scheinverkauf der Frau in späterer Zeit auf die Möglichkeit eines ernstlichen Verkaufs in früherer Zeit hinweist; aber ob sich der ernstliche Verkauf noch bis in die historische Zeit erhalten, darüber wage ich keine Vermuthung auszusprechen.

Bis hierher hat sich uns also bei den einzelnen Gewaltverhältnissen noch nichts dargeboten, was als eine wesentliche Abweichung von dem Grundtypus der hausherrlichen Gewalt gelten könnte. Solange letztere dauerte, waren Frau, Kinder, Sklaven ihr im wesentlichen in gleicher Weise unterworfen. Nur bei dem bürgerlichen oder natürlichen Tode des Hausherrn ging das privatrechtliche Schicksal dieser Personen weit auseinander. Die Sklaven und die in mancipio Befindlichen blieben, was sie waren, passive Bestandtheile der familia, und wechselten nur ihren Herrn, die Enkel und Enkelinnen fielen unter die potestas ihrer Väter, die übrigen Personen wurden sui juris. Aber mit Unterschied; denn die unmündigen Kinder und die Frau kamen unter die Tulte der nächsten Agnaten, also der mündigen Brüder und Söhne, die mündigen Söhne aber wurden völlig selbständig. Uns

280) Plut. Rom. c. 22. Roßbach S. 134. Anm. 450 will die Worte gar nicht einmal von der Mancipatio, sondern von der Ehescheidung verstehen.

intereſſirt an dieſer Auflöſung der familia nur der Einfluß, den der Hausherr durch teſtamentariſche Anordnung auf das Schickſal der familia nach ſeinem Tode ausüben konnte. Dieſer Einfluß äußerte ſich nach drei Richtungen hin, erſtens nämlich in der unbeſchränkteſten Dispoſition über das Vermögen, zweitens in der Freilaſſung der Sklaven und in mancipio befindlichen Perſonen und drittens in der Ernennung von Tutoren für die Frau, die Töchter und die unmündigen Söhne. Den mündigen Söhnen hingegen konnte der Vater ihre perſönliche Selbſtändigkeit durch keine Anordnung verkümmern; hinſichtlich der freien Perſonen läßt ſich alſo die tutela testamentaria als der letzte Ausläufer der hausherrlichen Gewalt bezeichnen.

Die Ehe ohne manus fällt zwar nicht unter unſern Geſichtspunkt der hausherrlichen Gewalt im juriſtiſchen Sinn, allein als ein Verhältniß des römiſchen Hauſes beanſprucht auch ſie unſere Aufmerkſamkeit.

Die Manus-Ehe hatte für den Fall, daß ein Frauenzimmer, das sui juris war, heirathen wollte, ihre Anſtände; nicht ſowohl der Frau, als ihrer geſetzlichen Tutoren wegen. Denn die capitis deminutio, welche die Frau durch Eintritt in die manus erlitt, hatte die Wirkung, daß die Tutel erloſch und das Vermögen der Frau, welches nach ihrem Tode an die Tutoren gefallen wäre, und deſſen Conſervirung der weſentliche Zweck der Tutel war,[282] auf den Mann überging. Für die Frau hatte dieſe Veränderung nichts Nachtheiliges, im Gegentheil etwas Wünſchenswerthes, denn auf dieſem Wege gelangte bei ihrem und ihres Mannes Tode das Vermögen an die Kinder, im andern Fall hingegen an die Tutoren als die nächſten Agnaten. Aus demſelben Grunde aber waren letztere auf's höchſte dabei intereſſirt, daß die Frau keine Manus-Ehe einging, und da es dazu ihrer Autoritas bedurfte,[283] ſie zur Ertheilung derſelben aber nicht gezwungen werden konn-

282) Gaj. 1, §. 192.
283) Cic. pro Flacco c. 34.

ten,[284]) ſo hatten ſie es ſelbſt in der Hand, jene Ehe zu verhindern.[284a]) Bei dieſem Conflict der Intereſſen der Agnaten und des Mündels gab es nur Ein Auskunftsmittel, die Eingehung einer Ehe ohne manus, und es iſt wohl keine zu kühne Hypotheſe,[285]) daß dieſe Art der Ehe an dieſem Punkt, wo ſie ein völlig unabweisbares Bedürfniß war,[286]) zuerſt zum Vorſchein gekommen und vorzugsweiſe für dieſes Verhältniß beſtimmt geweſen ſei. Was ſoll ſonſt der Grund der Ehe ohne manus geweſen ſein? Wenn man von der durch gar nichts belegten Annahme,[287]) daß der Gegenſatz der Ehe mit und ohne manus einen ethniſchen Urſprung gehabt habe, abſtrahirt, ſo verdient nur noch die Anſicht Berückſichtigung, welche die Ehe ohne manus aus dem Streben des weiblichen Geſchlechts nach größerer Unabhängigkeit

---

284) Gaj. 1, 192 berichtet, die geſetzlichen Tutoren (ſeiner Zeit) könnten dem ſelbſtnützigen Zwecke der Geſchlechtstutel gemäß nur ausnahmsweiſe zur Ertheilung ihrer Autoritas gezwungen werden. Ob das ältere Recht ſchon ſolche Ausnahmen gekannt habe, möchte ich ſehr bezweifeln, ſchwerlich aber wird der Fall im Text zu den Ausnahmen gehört haben. Man vergegenwärtige ſich nur die Conſequenzen! Unter dieſer Vorausſetzung wäre nicht die Frau in der Hand der Tutoren geweſen, wie uns für die ältere Zeit bezeugt wird, ſondern umgekehrt die Tutoren in der Hand der Frau. Mit der Drohung ſich zu verheirathen hätte die Frau alles von ihnen erreichen können, ſie hätte es ſtets in ihrer Macht gehabt, den ganzen Zweck der Tutel, die Erhaltung des Vermögens in der Familie zu vereiteln.

284a) Eine Parallele aus ſpäterer Zeit: l. 18 Cod. de nupt. (5. 4).. ne forte hi qui gradu proximo ad viduarum successionem vocantur, etiam honestas nuptias impediant.

285) Angedeutet bei Laboulaye Recherches sur la condition civile et politique des femmes. Paris 1842. p. 34, inzwiſchen auch angenommen von Paul Gide Étude sur la condition privée de la femme. Paris 1867 p. 126 ff. Dagegen Hölder, röm. Ehe, Zürich 1874 S. 26; er hat überſehen, daß der Frau die freie Dispoſition über die Früchte ihres Vermögens zuſtand. Vat. fragm. §. 1.

286) Ein anderer Fall von weit geringerem Intereſſe war der, wenn der Vater der Frau wahnſinnig oder in feindlicher Gefangenſchaft und dadurch die Uebertragung der Manus ausgeſchloſſen war.

287) S. dagegen Roßbach a. a. O. S. 162 u. ff.

hervorgehen läßt. Allein die Supposition, von der man dabei ausgeht, daß nämlich die Stellung der Frau durch diese Art der Ehe eine freiere geworden sei, ist erst für eine Zeit richtig, als die Geschlechtsvormundschaft bereits ihre alte Strenge verloren hatte, d. h. erst für das folgende System. Für die frühere Zeit aber beruht diese Ansicht auf einem Irrthum. Die Frau war bei der Ehe ohne manus ebenso unselbständig, wie bei der mit manus; nur daß sie dort in vermögensrechtlicher Beziehung nicht von ihrem Manne, sondern von andern Personen (dem Vater oder den Tutoren) abhing. In beiden Fällen richtete sich das Maß der factischen Selbständigkeit, die sie genoß, ganz nach dem Einfluß, den sie sich über ihre Machthaber zu verschaffen wußte; ob aber habgierige Agnaten einem solchen Einfluß zugänglicher waren als der Mann, und ob also die Frau, wenn sie die Wahl gehabt hätte, von den Tutoren oder von ihrem Manne abhängig zu sein, sich leicht für jene entschieden haben wird, diese Frage möge jeder sich selbst beantworten.

Wollen wir die Stellung der Frau bei der Ehe ohne manus etwas näher ins Auge fassen, so müssen wir unterscheiden, ob die Frau in väterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stand. Im ersten Fall blieb sie Haustochter, die väterliche Gewalt erlitt durch die Ehe keine Modification, und bei einem Conflict zwischen dem Recht des Vaters und des Mannes ging ersteres vor, so daß also der Vater z. B. die Ehe wider den Willen beider Gatten trennen konnte.[289]) Aus den Quellen läßt sich die Frage nicht mit Sicherheit beantworten, wie es sich hier mit dem jus necis ac vitae über die Frauen verhalten habe, ob Vater und Mann concurrirten, oder ob Einer von ihnen allein es hatte. Die Consequenz spricht dafür, daß auch hier das Recht des Mannes der patr. pot. nachstand.

289) Bei den Komikern wird oft darauf Bezug genommen, s. Roßbach a. a. O. S. 43, im spätern Recht ward diese Ausübung der patr. pot. bei einem bene concordans matrimonium verboten. Paul. S. R. V. 6 §. 15 L. 1 §. 5, l. 2 de lib. exh. (43. 30).

Es ergibt sich schon aus jenem zweifellosen Recht des Vaters, wie höchst unangemessen das Verhältniß war, wie sehr dasselbe daher der alten Zeit mit ihren Vorstellungen vom Hausregiment widerstreben mußte. Eine fremde Gewalt reichte hier in das römische Haus hinein, durchkreuzte die Herrschaft des Ehemanns und stellte den Bestand der Ehe jeden Augenblick in Frage. Und wozu diese Abnormität? Ein vermögensrechtliches Interesse des Vaters der Frau ist kaum abzusehen, denn mochte immerhin alles was sie als filia familias erwarb, *ihm* zufallen, so frage man doch, was konnte dies viel sein, da Schenkungen unter Ehegatten nichtig, Erwerbungen von dritten Personen mindestens eine Seltenheit waren.[290]) Ein Interesse des Vaters *anderer* Art läßt sich denken z. B. weil er einem Mann, den er nicht näher kannte, die volle und unwiderrufliche Gewalt über die Tochter nicht anvertrauen, vielmehr mit der Ehe ohne manus erst einen Versuch machen wollte, um, wenn derselbe gelang, nachträglich auch die manus zu übertragen oder durch usus eines Jahres übergehen zu lassen. Jedenfalls aber dürfen wir uns die Ehe ohne manus bei einer Haustochter, abgesehen von einem solchen Zwischenzustand, in alter Zeit nicht als etwas Häufiges vorstellen.

Ganz anders machte sich die Sache in dem zweiten Fall, wenn nämlich das Frauenzimmer sui juris war. Einmal nämlich war hier nicht bloß ein ungleich gewichtigerer Grund für die Ehe ohne manus vorhanden, sondern es fiel auch der hauptsächlichste Gegengrund hinweg. Denn da die Tutoren nur das Vermögen

290) Ab intestato konnte die filia familias, solange der Vater lebte, nichts erben, testamentarische Zuwendungen von dritten Personen kamen gewiß kaum vor (sie waren ja im Grunde nur Zuwendungen an den Vater selbst), also blieb nicht viel übrig als die beiden Erwerbsquellen, welche Plautus Casin. II. 2. 28 nennt . . quin viro subtrahat aut stupro invenerit. Auf der Annahme, daß die Frau regelmäßig nur vom Manne und für den Mann erwerbe, fußte die bekannte praesumtio Muciana, welche ihr für jeden Erwerb, den sie während der Ehe gemacht zu haben behauptete, den Beweis auferlegte.

der Frau zu bewachen hatten, die Frau ihnen aber in persönlicher Beziehung gar nicht untergeordnet war,[291]) so fand ein Eingreifen einer fremden Gewalt in das römische Haus, wie es soeben hinsichtlich der patria potestas bemerkt wurde, hier gar nicht Statt. Der Mann übte abgesehen von der vermögensrechtlichen Seite die Herrschaft über seine Frau wahrscheinlich ebenso aus wie bei einer Frau in manu,[292]) und eine rechtlich begründete Einsprache ihrer Verwandten hatte er in dieser Beziehung nicht zu besorgen. So erklärt es sich, daß man vom Standpunkt des spätern Rechts aus die manus als rein vermögensrechtliches Institut betrachten konnte und unabhängig von der Ehe zur Anwendung brachte,[293]) so ferner, daß man bei der Ehe mit manus den Grund des persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses der Frau nicht sowohl in der manus als in der Ehe fand.

Die Ehe ohne manus kam demnach meiner Ansicht nach vorzugsweise in zwei Anwendungen vor, einmal nämlich als vorübergehender Zustand bei einer filia familias; das Institut des usus gab es in ihre Hand,[294]) die manus mit Ablauf Eines Jahres entstehen zu lassen, die usurpatio durch trinoctium bot ihr das Mittel, es zu verhindern. Sodann als dauernder Zustand bei einer bevormundeten Person, wenn die gesetzlichen

291) Dies ergibt sich aus Gaj. I. 190 (sowohl aus dem Urtheil, das er hier fällt, als aus der Mittheilung, daß die mulieres, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit autoritatem). Einem durch die Obrigkeit entschiedenen Rechtsstreite zwischen Mutter und Vormund des Mädchens über die zu treffende Wahl des Mannes erwähnt Liv. 4, 9, aber der Vorfall spielte in Ardea, nicht in Rom, und der Schluß von jenem auf dieses (Roßbach a. a. O. S. 400) dürfte gewagt sein.

292) Zimmern Röm. Rechtsgesch. B. 2 §. 140.

293) Die coemptio fiduciae causa. IV. 267 fl.

294) Serv. ad Virg. Georg. 1, 31: usu, si mulier anno uno cum viro licet sine legibus fuisset (d. h. wohl: ohne in altrömischer Weise, nämlich durch coemptio oder confarreatio, eine Ehe eingegangen zu haben). Ob Einwilligung des Vaters nöthig war, wie Roßbach a. a. O. S. 147 annimmt, steht dahin.

Tutoren ihre Zustimmung zur Eingehung einer Ehe mit manus verweigerten. Sie sicherten sich auf diese Weise ihre Erbansprüche auf das Vermögen ihrer Mündel, waren aber durch die Sitte [295]) verpflichtet, eine dos zu bestellen. Daß der usus ohne ihre Einwilligung nicht möglich war, [296]) verstand sich von selbst: er hätte mittelst des Ueberganges der Frau in das Recht des Mannes das ganze Vermögen derselben in dessen Hände gebracht.

2a. Thatsächliche Gestalt der Familienverhältnisse im Leben.

Zweck und Sinn der familienrechtlichen Gewalt — Der innere Friede des römischen Hauses — Das Familienleben — Stellung der Frau und Kinder — Die Verwandtengerichte.

> Quanto latius officiorum, quam juris patet regula. Quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt, quae omnia extra publicas tabulas sunt.
>
> Seneca de ira II, 27.

XXXIIa. Das legislative Problem, welches der Gesetzgeber hinsichtlich der Familie zu lösen hat, ist kein leichtes. Das Verhältniß, das er vor sich hat, ist ein unendlich zartes, welches die Blicke der Welt scheut und in stiller Abgeschiedenheit am besten gedeiht; ein Heiligthum der Liebe, das nur von letzterer die wahre Gestaltung und Weihe erhalten, durch unsanfte Berührung von Seiten des Gesetzgebers aber leicht in der empfindlichsten Weise verletzt werden kann. Stellt letzterer es sich zur Aufgabe, dem Verhältniß die positive Gestalt, die er für die entsprechende hält, selbst zu verleihen, das freie Walten des sittlichen Geistes entbehrlich

295) Ich erinnere an die bekannten Vorstellungen der Römer über undotirte Frauen, s. z. B. Plaut. Trinum. III. 2. 64.. infamis ne sim... in concubinatum sic sine dote dedisse magis quam in matrimonium. Bestellte doch sogar mitunter bei Töchtern verdienter, aber armer Männer der Senat aus dem Aerar eine dos. Val. Max. IV. 4. 10.

296) Cic. pro Flacco c. 34.

zu machen, — die Liebe unter polizeiliche Aufſicht zu ſtellen! — ſo gilt hiervon nicht bloß alles, was im §. 30 über das Syſtem der Unfreiheit im allgemeinen geſagt worden iſt, ſondern es kommt noch hinzu, daß nirgends die praktiſche Verwirklichung deſſelben, die Controle von Seiten des Staats, das Urtheil von Seiten des Richters u. ſ. w. auf ſolche Schwierigkeiten ſtößt als hier, wo es zu dem Zweck erforderlich iſt, in das Geheimniß des Familienlebens einzudringen und die Perſönlichkeit in ihrem innerſten Gemüthsleben zu belauſchen und zu beunruhigen. Wo wäre die Oppoſition von Seiten des Angegriffenen natürlicher und vorausſichtlicher, wo ſchwieriger zu vereiteln? Nirgends führt die Verfolgung und Verwirklichung des Rechtsgeſichtspunktes in dem Maße die Gefahr mit ſich, das ſittliche Gefühl in empfindlichſter Weiſe zu verletzen und in moraliſchen Schlamm und Schmutz zu gerathen als hier.[297]) Je tiefer die Zartheit des Verhältniſſes empfunden, je edler und reiner es in der Wirklichkeit gehalten wird, um ſo mehr wird eine ſolche Entweihung deſſelben das Gefühl verletzen, kurz: je weniger das Geſetz es für nöthig hält oder nöthig hat ſich hineinzumiſchen, deſto beſſer.

Im ältern römiſchen Recht beſchränkt ſich das Eingreifen des Geſetzes auf ein Minimum. Das römiſche Haus iſt ein von der Herrſchaft der todten Rechtsregeln eximirtes Gebiet der freien Liebe und Sittlichkeit. Das innere Leben der Familie ſoll nach römiſcher Anſicht ſich rein aus ſich ſelbſt entwickeln. Die dürre Proſa des Rechts ſoll nicht in das römiſche Haus hineindringen; das Leben, das ſich hier entfaltet, die Verhältniſſe, die hier beſtehen, die Streitigkeiten, die ſich hier entſpinnen — für ſie alle hat das Recht keine Normen. Das Haus iſt die Schöpfung des

297) Man denke ſich z. B. das Capitel über das debitum conjugale als Gegenſtand rechtlicher Regulirung (in der kaſuiſtiſchen Literatur der Talmudiſten und Jeſuiten iſt darin Unglaubliches geleiſtet) oder als Gegenſtand der Verhandlung vor Ehegerichten; man erinnere ſich der Beſtimmung eines neuern Geſetzbuchs, daß die Mutter die Tochter bei erreichter Mannbarkeit über den geſchlechtlichen Beruf des Weibes aufzuklären habe u. ſ. w.

Hausherrn; sein Geist, seine Einsicht, seine Autorität geben doch schließlich den Ausschlag, wie und was es wird; der Einfluß des Gesetzes könnte dem gegenüber nur ein höchst unbedeutender sein. So überläßt denn das Recht dem Römer auch rechtlich die Macht, die er factisch in der Regel haben wird.

Was heißt aber diese Macht? Nicht das, daß seine Laune und Willkür hier frei schalten dürfe, sondern sie soll ihn in Stand setzen, nach eigener Einsicht und unter eigener Verantwortlichkeit unbeirrt durch lästige Rechtsregeln den Beruf, den das Verhältniß ihm auferlegt, und die Pflichten, welche die innere Stimme ihn lehrt, zu erfüllen. Ihm die potestas zuerkennen hieß nichts als das römische Haus zu dem erheben, als was wir es soeben bezeichnet haben, zum freien Heiligthum der Liebe. Die potestas gibt ihm das rechtliche Mittel, um diese Bestimmung des Hauses zu verwirklichen, den Unfrieden, möge er von draußen anpochen oder im Innern laut werden, fern zu halten oder im Keim zu ersticken. Sie enthält negativ den Satz: „kein Dritter hat ein Recht sich in unsere Angelegenheiten zu mischen," und sodann: „Zwistigkeiten im Innern der Familie sollen rechtlich sich nicht über das römische Haus hinaus erstrecken." Eine Klage zwischen den Hausgenossen, sei es des Herrn gegen die Seinen, sei es der letztern gegen ihn oder der letztern untereinander ist ein juristisches Unding.[298]) Es ist Sache des Hausherrn, alle diese Streitigkeiten zu schlichten, er ist der Richter des römischen Hauses (domesticus magistratus);[298a]) kann er es nicht, so trägt er selbst die Schuld und den Schaden, denn hätte er von Anfang an die rechte Zucht in seinem Hause gehandhabt, so würde es ihm an der nöthigen Autorität nicht gefehlt haben. Diese Autorität ist von dem Uebergewicht der physischen Kraft völlig unab-

298) L. 16 de furt. (47. 2) Ne cum filio familias pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.

298a) Seneca de benef. 3, 11.

hängig,[299]) sie ist moralischer Art und durch die Volksansicht von vornherein in dem Maße mit der Stellung des römischen Hausherrn verbunden, daß sie zwar im einzelnen Fall durch eklatante Unfähigkeit factisch verscherzt werden kann, aber nicht erst durch besondere individuelle Anstrengung erworben zu werden braucht; der Hausherr findet sie vor. Auch wenn sie wankend geworden ist, kann er, wenn er sich seiner Macht bedienen will, sich selber helfen; der Staat hilft ihm nicht. Thätliches Vergreifen des Kindes an den Eltern galt als furchtbarer, die Sacertät nach sich ziehender Frevel.[300])

Nicht bloß im eigenen Interesse hat der Hausherr diese Gewalt, sondern zugleich in dem der Untergebenen und in dem des Staats, sie ist nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht, ein Amt. In der väterlichen und eheherrlichen Gewalt steckt zugleich die Vormundschaft über die ihr unterworfenen Personen, die Verpflichtung, sie nach außen hin zu schützen und zu vertreten. Ein Unrecht, das sie von Fremden erlitten haben, berechtigt nur ihn zur Klage, er selbst gilt juristisch als der Verletzte. Ebenso richtet sich die Klage gegen ihn, wenn sie Dritten Unrecht zugefügt haben. In beiden Fällen steht es bei ihm, ob es zur Klage kommen soll, nur muß er sie im letzten Fall, wenn er ihre Defension ablehnt, dem Gegner zur Satisfaction überantworten (noxae dedere).

Aber diese Gewalt ist zugleich ein Amt, das ihm vom Staat anvertraut, und für dessen Führung er ihm verantwortlich ist. Er hat die unbeschränkte Gewalt über die Seinen, damit er sie richtig erziehe, auf Zucht und Ordnung halte, nicht die eines Tyran-

299) Cic. de senect. 11. Quatuor robustos filios, quinque filias, tantam domum, tantas clientelas Appius regebat et senex et caecus ... tenebat non modo auctoritatem, sed etiam imperium in suos, metuebant servi, verebantur liberi, carum omnes habebant; vigebat illa in domo patrius mos et disciplina.

300) Festus s. v. plorare.

nen, sondern die eines Richters.[300a]) Darum fallen die Vergehen der Seinigen als schwere Anklage auf ihn selber zurück, sie enthalten den Beweis, daß er schlechte Disciplin gehalten hat[300b]) und nur durch strenge Bestrafung des Schuldigen kann er sich von dem Vorwurf der Mitschuld reinigen. Aber Bestrafung soll es sein d. h. ein Akt einer nach Art des Brutus dem Vaterherzen abgerungenen Gerechtigkeit, nicht Mißhandlung der Kinder in der Aufwallung des Zorns — letztere macht den Vater selber straffällig, und vor dem Volk hat er in einem solchen Fall einen schweren Stand.[300c]).

So läßt sich also das römische Haus als ein durch die hausherrliche Gewalt nach außen hin abgeschlossenes selbständiges Gebiet bezeichnen — eine frische Oase innerhalb der dürren Rechtswelt. Wie die Natur die zartesten Theile gern mit schirmender Decke umgibt, so hat hier die rauhe und harte Schale jener Gewalt nur den Zweck, die zartesten Verhältnisse des sittlichen Lebens gegen alle äußern Eingriffe zu schützen, jede nachtheilige Berührung mit der Außenwelt, jeden prosaisch-juristischen Luftzug abzuwehren und die freieste Entfaltung des innerlichen Lebens zu ermöglichen.

Das ist es, was ich oben (S. 160) mit der innern, durch die Verfassung des römischen Hauses gesicherten Abgeschlossenheit desselben ausdrücken wollte. Erst durch sie wird der Charakter des Hauses als einer Stätte des Friedens und eines unantastbaren Zufluchtsortes vollständig verwirklicht.

Diese Behandlungsweise, bei der die hausherrliche Gewalt dem Recht den Zutritt zur Familie versperrt, hat etwas ungemein Schönes und Anziehendes, vorausgesetzt, daß der ächte sittliche Geist die an sich todten Formen beseelt; ob dies im ältern

---

300a) Domestici magistratus, sub quorum custodia contineretur domus, Seneca de benef. 3, 11.

300b) Cic. de republ. IV. 6: sit censor, qui viros edoceat mulieribus moderari.

300c) S. Note 159, 336.

Rom der Fall war, wird sofort untersucht werden. Unser heutiges und schon das spätere römische Recht hat jene unbeschränkte hausherrliche Gewalt aufgegeben oder, was dasselbe sagen will, das Recht ist in das Innere der Familie eingedrungen. Ich will die relative Berechtigung dieser Aenderung nicht verkennen, wenn wir uns andererseits nur klar werden, daß wir nicht so gar hohe Ursache haben uns damit zu brüsten. Einem alten Römer wäre unsere heutige Weise nicht minder anstößig erschienen als uns die römische. Daß von der Geburt an das Kind dem Vater mit getrenntem Vermögen gegenüberstehen kann, das Kind reich, der Vater arm; daß ersteres wegen beliebiger Gründe gegen ihn wie gegen jeden Dritten prozessiren kann;[301] daß der Vater kein rechtliches Mittel mehr in Händen hat, den selbständig gewordenen pflicht- und ehrvergessenen Sohn zur Zucht und Ordnung zu zwingen; daß der Richter dem Mann zu Hülfe kommen muß, um die Frau zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten u. s. w., in alle dem würde ein Römer der alten Zeit nur eine unnatürliche Rechtssatzung erblickt haben.

Das beste Mittel, um uns über den wahren Sinn und die wahre Bestimmung der familienrechtlichen Gewalt aufzuklären, besteht darin, daß wir dieselbe in ihrer wirklichen Gestalt im römischen Leben kennen lernen. Es gilt hier, uns von den herrschenden Vorurtheilen hinsichtlich des römischen Familienlebens los zu machen. Es ist unglaublich, wie sehr das abstracte Recht Philologen und Philosophen[302] nicht minder als Juristen in

301) Eine Klage des emancipirten Kindes war auch in Rom möglich, und die Consequenz hätte erfordert, sie unbeschränkt zuzulassen, allein das römische Pietäts- und Schicklichkeitsgefühl war doch mächtiger als die römische Consequenz. Die Klagen gegen die Eltern bedurften erst der ausdrücklichen Erlaubniß des Prätors l. 4 §. 1—3, l. 6—8 pr. de in jus voc. (2. 4), und wo sie etwas für das Gefühl Verletzendes enthielten, ward ihnen dieselbe gewiß nicht zu Theil. Den Römern erschien es erträglicher, daß die Kinder von ihren Eltern Unrecht erdulden, als daß letztere ohne die dringendsten Gründe von ihnen vor Gericht gezogen werden.

302) Von den Juristen, die nur gewohnt sind sich an die Rechtsabstractionen zu halten, kann man es nicht anders erwarten, aber Philoso-

ihrem Urtheil über das römiſche Familienleben irre geführt hat. Daß ſich unter der Knecht-Ruprechts-Maske der patria potestas und manus ein menſchliches Geſicht verbergen ſollte, ſchien von vornherein unglaublich. Und allerdings, wenn man ſich ſeine Vorſtellung vom römiſchen Volkscharakter lediglich nach dem öffentlichen Auftreten der Römer, ihrer Härte und Schonungsloſigkeit gegen Feinde und Unterthanen, ihrer Rückſichtsloſigkeit im bürgerlichen Verkehr u. ſ. w. zuſchneidet, dann mag man ſich der Unterſuchung überhoben glauben, ob der Schluß vom Familien-*Recht* auf das Familien-*Leben* zutreffend iſt. Es iſt aber bekanntlich eine häufige Erſcheinung gerade bei kräftigen Naturen, daß ſie zwei Seiten wohl in ſich zu vereinigen verſtehen: eine ſtrenge, harte, ſchroffe, welche ſie der Außenwelt zukehren, und eine milde, weiche, gemüthlich-innige, welche ſie dem Verkehr mit den Ihrigen vorbehalten — ein weicher Kern in rauher Schale! Das Gemüth zieht ſich in demſelben Maße in die engern und engſten Kreiſe der Familienliebe zurück, je weniger es draußen Ge-

---

phen und Philologen hätten hierin doch eher das Richtige treffen ſollen. Es kann aber kaum etwas Verkehrteres geben, als was z. B. *Hegel* Philoſ. der Geſchichte. Aufl. 2 S. 348 hierüber ſagt: „Im *griechiſchen* Leben war doch Familien-Liebe und Familien-Band vorhanden .... Dieſer Anfang des römiſchen Lebens in verwilderter Rohheit mit Ausſchluß der Empfindungen der natürlichen Sittlichkeit bringt das Eine Element deſſelben mit ſich, die Härte gegen das Familienverhältniß, eine ſelbſtiſche Härte, welche die Grundbeſtimmung der römiſchen Sitten und Geſetze für die Folge ausmacht ... S. 350: So entartet und entſittlicht ſehen wir hier die Grundverhältniſſe der Sittlichkeit.“ Aehnliche Urtheile bei Philologen. Daß *Ruperti* Handbuch der röm. Alterthümer Thl. 1, S. 270 der Meinung iſt: „Auch das Familienleben konnte die feinern Gefühle nicht wecken und beleben, *denn nicht das zarte Band der Liebe umſchlang und einigte die Glieder der Familie* (!), ſondern der Vater ſtand als dominus, als Herr ſeinem Hauſe vor,“ wird man begreiflich finden, wenn man die Unſelbſtändigkeit des Verf. kennt, aber daß ſelbſt ein ſo gründlicher Forſcher und genauer Kenner des römiſchen Alterthums wie *Rein* (in der zweiten Ausgabe von Beckers Gallus B. 2, S. 47 ff.) ſich hinſichtlich der patr. pot. von dem gewöhnlichen Vorurtheil nicht losreißen kann, beweiſt, wie feſt letzteres gewurzelt iſt.

legenheit findet sich zu bethätigen. Gerade diese Comprimirung des Gemüths gibt demselben für den kleinen Raum, auf den es zusammengepreßt ist, nicht selten eine Innigkeit, eine Intensität und eine überraschende Zartheit des Ausdrucks, nach dem man bei jenen Naturen, bei denen das Gemüth allgegenwärtig ist, vergebens sucht.

Der Römer nach außen hin d. h. im Geschäftsleben sowohl wie in der Politik und der Römer im Innern der Familie sind zwei ganz verschiedene Leute. Dort kennt er keine Schonung; rücksichtslos verfolgt der römische Egoismus den einmal vorgezeichneten Weg. Aber im Innern der Familie lernen wir ihn von einer andern Seite kennen, die uns mit den Römern wieder aussöhnen muß und das moralische Gleichgewicht mit andern Völkern z. B. den Griechen reichlich herstellt.

Das feste Zusammenhalten der Familienglieder, die Pflege des Familienverbandes ist von altersher ein Grundzug des römischen Wesens gewesen,[303]) und in der in dem vorigen Buche geschilderten Gentilverfassung erscheint dieser Gedanke geradezu als staatsrechtlich-constitutives Prinzip. „Gleichgültigkeit der Römer gegen die Familie, Härte gegen das Familienverhältniß" — es läßt sich kaum etwas Verkehrteres denken. In Rom, wo der Uebergang in eine fremde Familie und der Austritt aus der bisherigen eine capitis deminutio begründete! Was bedeutete das anders als: die Familie ist der Inbegriff der natürlich-sittlichen Existenz? In Rom, wo die Verwandten einen durch die Sitte gesicherten Einfluß ausübten, von dem wir, die wir auf unsere „Familienliebe" pochen, keine Ahnung haben! Aber das Moment der Liebe, sagt man, gebricht der römischen Familie. Als ob jener Familienverfassung der ältesten Zeit nicht ein sittliches Motiv der Anhänglichkeit, Treue, kurz der Familienliebe zu Grunde läge, und als ob, ganz abgesehen hiervon, die Liebe sich

303) Das Zusammenleben der 16 Aelier in einem Hause, von dem Val. Max. 4. 4, 8 berichtet, gibt hierfür ein Beispiel schönster Art.

in den Geſetzen zeigen müßte! In ihnen iſt allerdings für das gegenwärtige Syſtem von Liebe nichts zu entdecken (quae omnia, wie Seneca in dem Motto dieſes Paragraphen ſagt, extra publicas tabulas sunt), ſondern ſie halten ſich an die abſtracte Perſon. Von der Continuität der Geſchlechter, von dem Zuſammenhange der Familie u. ſ. w. iſt in dem abſtracten Recht keine Rede; hier galt als höchſte Aufgabe, die Idee der atomiſtiſchen lediglich auf ſich ſelbſt gewieſenen Perſönlichkeit in ihrer völligen Reinheit zur Darſtellung zu bringen. Aber nicht etwa in der Meinung, um die römiſche Welt mit ſolchen abſtracten Perſonen oder Kobolden zu bevölkern, die dieſelbe ſofort dem Untergange entgegengeführt haben würden, ſondern um dem freien Walten des ſittlichen Geiſtes zu überlaſſen, was die Geſetzgebung allein doch nicht erreichen kann.

Die Sitte alſo iſt es, die richten muß. Und wenn wir nun fragen, wie war das Familienleben beſchaffen, ſo würden wir, auch wenn die Quellen uns jede Auskunft darüber verweigerten, aus allem, was wir über die alte Zeit wiſſen, den ſichern Schluß ziehen können, daß daſſelbe ein in ſittlicher Beziehung durchaus geſundes, tadelloſes geweſen ſein muß. Die Familie iſt die ſittliche Erziehungsanſtalt des Einzelnen, der Gatten ſowohl wie der Kinder, und ſie iſt eben damit die Quelle, aus der ſich der ſittliche Geiſt und die ſittliche Kraft des Volks immer von neuem ergänzt und verjüngt; iſt dieſe Quelle vergiftet, ſo führt ſie das Gift unabwendlich durch den ganzen Organismus, iſt letzterer geſund, ſo berechtigt das zum Rückſchluß, daß auch die Familie es ſein muß. Dieſer Zuſammenhang zwiſchen der nationalen Sittlichkeit und der Familie liegt für das alte Rom ziemlich offen zu Tage, denn die meiſten altrömiſchen Tugenden: die Sparſamkeit, Einfachheit, Ordnungsliebe, Keuſchheit, Treue, ſtehen gerade zum häuslichen Leben und der Familie in innigſter Beziehung, finden in letzterer ihr ſittliches Motiv, ihren Ausgangspunkt, und belebenden Mittelpunkt.

Aber damit, kann man mir einwenden, verträgt ſich ſehr

wohl die Möglichkeit, daß der römische Hausherr statt Gatte und Vater ein Haustyrann gewesen sei, vor dem die Seinigen zitterten, in dessen Nähe Freimuth und Scherz verstummten, und unter dessen eiserner Faust nur Furcht und blinder Gehorsam gediehen, die Liebe aber und alles, was das Familienleben schön macht: Vertrauen und Vertraulichkeit, Heiterkeit, Leichtigkeit und Anmuth des Verkehrs nicht aufzukommen vermochten. Und in der That ist es dieses Bild eines gefürchteten Haustyrannen, welches erfahrungsmäßig Jeder, der die abstracten Darstellungen des römischen Familienrechts, wie sie heutzutage noch üblich sind,[304]) liest, mit hinwegnimmt und hinwegnehmen muß. Versuchen wir, ob wir diesem Bilde ein anderes minder abschreckendes gegenüber zu stellen vermögen.

Vergegenwärtigen wir uns zunächst die Stellung der römischen Frau im Hause und in der Gesellschaft. Ist der Mann jener Tyrann gewesen, wofür man ihn hält, so wird diese Stellung nicht die einer Hausfrau, sondern wie im Orient die einer Sklavin oder wie in Griechenland einer Haushälterin oder Beischläferin gewesen sein. In Wirklichkeit war die Frau die Genossin des Mannes im vollsten Umfang des Wortes. Kein Volk der alten Welt, die Griechen nicht ausgenommen,[305]) hat dem weib-

304) Die oben (Note 285) citirte Schrift von Laboulaye Recherches sur la condition civile et politique des femmes Paris 1842 steht noch ganz auf dem Boden der abstract-juristischen Auffassung, dagegen freue ich mich mittheilen zu können, daß die im Text entwickelte Ansicht auf eine neuere französische Schrift über denselben Gegenstand, welche sich der von Laboulaye würdig an die Seite stellt, nämlich auf die in Note 285 genannte von Paul Gide einen bestimmenden Einfluß ausgeübt hat, s. daselbst S. 108 fl., 125 fl.

305) Die Römer waren sich dieser Eigenthümlichkeit den Griechen gegenüber sehr wohl bewußt. So z. B. Cornel. Nepos Praef.: quem enim Romanorum pudet uxorem ducere in convivium, aut cujus non materfamilias primum locum tenet aedium atque in celebritate versatur? Quod multo fit aliter in Graecia, nam neque in convivium adhibetur nisi propinquorum, neque sedet nisi in interiore

lichen Geſchlecht einen ſo würdigen Platz in der Geſellſchaft angewieſen als die Römer, ja ich bezweifle, ob die Frau ſich bei den civiliſirteſten Völkern der Gegenwart einer höhern Achtung und Verehrung erfreut, als in jenem alten Rom, wo ſie unter der Manus des Mannes und der Vormundſchaft der Verwandten ſtand. Das weibliche Geſchlecht war nach Anſicht der Römer dem männlichen nicht bloß völlig ebenbürtig und daher in ſocialer Beziehung um nichts zurückgeſetzt,[306] wie dies bei allen vorrömiſchen Völkern der Fall war, ſondern es war ein Gegenſtand höherer Achtung, es ſtand eine Stufe über dem männlichen. Die Strenge, mit der man darauf hielt, daß das Decorum ſowohl gegen Frauenzimmer,[307] als von denſelben[308] bewahrt wurde, die Empfindlichkeit, die man in letzterer Beziehung bewies, die höhere ſittliche Reinheit und Fleckenloſigkeit,[309] die man von

parte aedium, quae γυναικωνῖτις appellatur, quo nemo accedit nisi propinqua cognatione conjunctus.

306) Gallus von Becker B. 2 S. 6.

307) Bei K. Wächter über Eheſcheidungen bei den Römern S. 11 u. fl. ſind mehrere Züge mitgetheilt, z. B. man ſollte ihnen auf der Straße ausweichen, der Liktor konnte jeden, ſelbſt den Vater des Conſuls, Platz zu machen heißen, nur Matronen nicht; es war ſtreng verboten, in ihrer Gegenwart etwas Unanſtändiges zu ſagen oder zu thun; bei der in jus vocatio durfte man ſie nicht berühren u. ſ. w.

308) Von der ungewöhnlichen Strenge in dieſer Beziehung giebt Val. Max. 6, 3, 9—12 mehrere eklatante Proben. Die Römer waren überhaupt, was den äußeren Anſtand und den guten Ton anbetrifft, weit empfindlicher, als man ſich vorſtellt, vielleicht in höherem Grade, als wir es ſind. So ward z. B. ein Senator von dem Cenſor aus dem Senat geſtoßen, weil er in Gegenwart ſeiner erwachſenen Tochter ſeine Frau geküßt hatte. Plut. Cato major c. 17. Cic. de off. l. 35. Val. Max. 1, 1. 7 . . . nec pater cum filio pubere, nec socer cum genero lavabatur . . quia inter ista tam sancta vincula non minus quam in aliquo sacrato loco nudare se nefas esse credebatur. So ferner ibid. 6, 1. 8 promissorum matrifamilias nummorum gratia (stuprosa mente) diem ad populum dixit eumque hoc uno crimine damnando.

309) Keuſchheit verlangt auch der Orientale von ſeiner Frau, aber nicht in ihrem, ſondern in ſeinem Intereſſe. In Rom begehrte man Keuſchheit von der Frau ihrer ſelbſt wegen, der Verluſt derſelben galt für ein ſchlim-

ihnen verlangte, der Einfluß, den man ihnen zugeſtand, der Grundſatz der Monogamie, der den Römern von altersher eigen war, — dieſe und andere Züge[309a]) weiſen deutlich auf eine höchſt würdige Auffaſſung des Berufs und der Würde der Frau hin. In beſonders anſchaulicher Weiſe offenbart ſich die Stellung des weiblichen Geſchlechts in der Rolle, welche die Frauen in der römiſchen Geſchichte ſpielen. Dankbar verherrlichte die römiſche Erinnerung das Andenken von Frauen, die glänzende Beiſpiele der Treue, Keuſchheit und anderer weiblichen Tugenden geliefert hatten, und die römiſche Sage und Geſchichte, trotzdem daß ſie wie keine andere Gelegenheit hatte, ſpezifiſch männliche Tugenden zu preiſen, ſuchte doch mit ganz entſchiedener Vorliebe die wichtigſten Ereigniſſe mit Frauen in Beziehung, ja in Cauſalnexus zu ſetzen.[310]) Roms erſter Krieg entbrennt um ſie; er droht Rom im Keim zu erſticken, aber die geraubten Frauen, durch Liebe zu ihren Männern getrieben, retten Rom und lehnen es ab zu den Ihrigen zurückzukehren. Nach der Sage beſtand ihr Lohn darin,

---

meres Uebel als der des Lebens; darum tödtete Virginius ſeine Tochter, und ſein Beiſpiel fand Nachahmung, ſ. z. B. Val. Max. 6, 1. 3, 6. Seneca (fragm. XIII. 70 ed. Haase vol. III. p. 431) bezeichnet daher jene alte Zeit als seculum, quo impudicitia monstrum erat, non vitium!

309a) Statuen von Frauen bei Plin. H. N. 34, 11, 13, 14. Die »solennis post mortem laudatio« Liv. 5, 50, Sueton. Caes. 6. Anweſenheit der Frauen bei Feſten Note 305 und Liv. 5, 31; 45, 2. Zuſammenrufung der Frauen und Beſchlüſſe derſelben Liv. 27, 37.

310) Deſſen waren die Römer ſich ſelbſt ſehr wohl bewußt. Cato der Aeltere, dem man nicht gerade eine enthuſiaſtiſche Verehrung des weiblichen Geſchlechts vorwerfen kann, hatte in ſeinen origines darauf aufmerkſam gemacht (Liv. 34, 5) und den Satz durch eine Reihe von Beiſpielen erläutert. Bei den Verhandlungen über die Aufhebung des oppiſchen Geſetzes (Liv. ib. 2—7) mußte er es erleben, daß ſeine Gegner die Waffen zu ſeiner Bekämpfung jener Schrift entlehnten. Mit Recht macht Paul Gide p. 111 darauf aufmerkſam: »que ces héroïnes de l'ancienne Rome ne sont jamais, comme en Grèce, de courtisanes; ce sont toujours des vierges pures, des épouses fidèles, des mères dévouées, et c'est leur inviolable attachement aux modestes devoirs, aux humbles vertus de leur sexe, qui fait toute leur grandeur.

daß die Kurien die Namen der Frauen erhielten; wahr oder falsch, jedenfalls ein höchst charakteristischer Zug. Die Vertreibung der Könige knüpft an die Lukretia, der Sturz des Decemvirats an die Virginia an, das Maß der Entrüstung über sie lief erst über, und der Unwille brach in Empörung aus, als ihre Willkür sich gegen ein Weib wandte. Die Abwehr des Coriolan von der das Heil Roms abhing, erfolgte nach fruchtloser Erschöpfung aller Mittel durch seine Mutter[311]) und die römischen Matronen. Die Zulassung der Plebejer zum Consulat, eins der wichtigsten Ereignisse der Republik, ward ihrem letzten persönlichen Motiv nach nicht sowohl auf Licinius Stolo selbst als auf seine ehrgeizige Frau zurückgeführt[312]), und das Andenken der beiden Gracchen ist für immer unzertrennlich verbunden mit dem ihrer Mutter, welche sie erzog. Ein anderes höchst erbauliches Beispiel liefert der Einfluß, den das schöne Geschlecht bei Gelegenheit der Aufhebung des oppischen Gesetzes (über den Luxus der Frauen) ausübte, und dem gegenüber selbst die Autorität eines Cato sich machtlos erwies.[313])

---

311) Peter Gesch. Roms B. 1, S. 148 verweist hierauf mit Recht als auf eine Sage, in der sich „die hohe Vorstellung der Römer von der Würde der Frauen und insbesondere von dem großen Ansehn und dem bedeutenden Einfluß der Mütter in der Familie einen Ausdruck gegeben hat. Wie hätte Coriolan einen stärkern Beweis seiner kindlichen Liebe zu der Mutter geben können als dadurch, daß er ihr mehr Gewalt über sich einräumte als selbst der Vaterlandsliebe."

312) Liv. 6, 34. Etwas ähnliches erzählt die Sage von der Tanaquil, der Frau des Tarquinius Priscus Liv. 1, 34. Ebenso bei Tarquinius Superbus Liv. 1, 46: initium turbandi omnia a femina ortum est. Man fühlt sich bei dem allem unwillkürlich an die sprichwörtlich gewordene Frage der Franzosen: où est la femme? erinnert.

313) Man sehe die ergötzliche Schilderung der weiblichen Agitation bei Liv. 34, 1. Matronae nulla nec auctoritate, nec verecundia nec imperio virorum contineri limine poterant, omnes vias urbis aditusque in forum obsidebant .... etiam ex oppidis conciliabulisque conveniebant. Jam et consules praetoresque et alios magistratus adire et rogare audebant c. 8. .... aliquanto major frequentia mulierum postero die sese in publicum effudit unoque agmine omnes

Bei einem Volke nun, bei dem das weibliche Geſchlecht als ſolches ſchon eine ſo hervorragende Stellung einnahm, kann unmöglich das eheliche Verhältniß den Sinn gehabt haben, die Frau nach orientaliſcher Weiſe zur Sklavin des Mannes zu machen. Wenn irgendwo, ſo mußte der Einfluß der Frau ſich gerade innerhalb des Hauſes bethätigen, ſo mußte die Achtung, die man ihr als ſolcher zollte, in geſteigertem Maße der Gattin und Mutter zu Theil werden, ſo muß ferner das Weſen der Ehe in Rom nicht, wie man uns glauben machen will, verkannt, ſondern würdiger und reiner erfaßt worden ſein als bei irgend einem der frühern Völker. Und dies war in der That der Fall. Abſtrahiren wir nur vorläufig von der abſtract rechtlichen Geſtaltung des Verhältniſſes und halten uns an die Erſcheinung deſſelben im Leben und die natürliche Auffaſſung, welche die Römer ſelber damit verbanden. Die Ehe galt als ein heiliges Verhältniß, ſie begründete eine religiöſe Gemeinſchaft zwiſchen beiden Gatten und erhielt aus dem Grunde bei ihrer Eingehung eine religiöſe Weihe.[314]) Auf

---

tribunorum januas obsederunt, qui collegarum rogationi intercedebant, nec ante abstiterunt quam remissa intercessio ab tribunis esset! Ich möchte den Bericht, den Livius hierüber gibt, allen denen, die ſich über den vermeintlichen Druck, unter dem die Frauen in Rom lebten, beunruhigen ſollten, zur Lektüre anempfehlen; man wird daraus die troſtreiche Ueberzeugung entnehmen können, daß auch den Römern hinſichtlich ihrer eheherrlichen Gewalt dieſelben Erfahrungen nicht erſpart blieben, die wir bei uns hinſichtlich des bibliſchen Satzes: „und Er ſoll dein Herr ſein" machen müſſen. Livius läßt dort z. B. Cato ſagen c. 3: recensete muliebria jura, quibus omnibus constrictas vix tamen continere potestis. c. 4: Simul lex modum sumtibus uxoris tuae facere desierit, tu numquam facies! Man ſehe ferner die Zugeſtändniſſe der Ehemänner und ihre Klagen über das Auftreten der Frauen bei Plautus Asin. 1, 1, 73. 5, 2, 49. Aulul. 3. 5, 14 bis 62. Cic. Parad. V, 2: ille liber, cui mulier imperat, cui leges imponit, praescribit, jubet, vetat, und vor allem den Ausſpruch, den nach Plut. Reg. Apoph. Cato 3 Cato gethan haben ſoll: überall regierten die Männer die Frauen, aber in Rom, welches die ganze Welt regiere, beherrſchten die Frauen die Männer.

314) Nicht bei der confarreatio allein. S. darüber Roßbach a. a. O. Abſchn. IV. S. 254, 328.

dieſe alte Ehe paßte die bekannte römiſche Definition der Ehe,[315] eine Definition, von der ein Unkundiger glauben ſollte, daß ſie die chriſtliche Auffaſſung der Ehe enthalte; für die alte Zeit war ſie eine Wahrheit, für die ſpätere, die ſie uns überliefert hat, eine bloße Reminiscenz. Der ungeheure Contraſt in dem ehelichen Leben dieſer beiden Zeiten, der alten ſtrengen Sitte und Treue und der ſpätern Frivolität und grauenhaften Verwilderung und Zügelloſigkeit iſt bekannt. Dort trotz der rechtlichen Trennbarkeit der Ehe doch factiſch die äußerſte Seltenheit der Eheſcheidungen,[316] hier trotz aller Geſetze Ehebruch und Eheſcheidung an der Tagesordnung. Es bewährt ſich auch hieran wieder die Richtigkeit der oft gemachten Bemerkung, daß die Ehe der Barometer der Sittlichkeit eines Volkes iſt.

Nach der natürlichen Anſicht, wie ſie im römiſchen Leben herrſchte und ſogar in juriſtiſche Deductionen hinüberſpielt, ward das Vermögen der Gatten als gemeinſchaftliches angeſehen,[317]

---

315) L. 1 de R. N. (23. 2): consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio. §. 1 I de patr. pot. (1. 9) individuam vitae consuetudinem continens. L. 4 Cod. de crim. expil. her. (9. 32). Livius I. 9 läßt Romulus das matrimonium als societas fortunarum omnium civitatisque bezeichnen, ebenſo Dionys. 2. 25 *κοινωνὸν ἁ πάντων χρημάτων τε καὶ ἱερῶν*. Cic. de off. I. 17, 54: prima societas in ipso conjugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia.

316) So viel folgt mindeſtens aus der bekannten Sage, daß die Eheſcheidung des Sp. Carvilius (U. C. 520) die erſte geweſen ſein ſoll. Gell. XVII. 21. §. 44. Val. Max. 2. 1, 4. Eine Eheſcheidung ohne Grund iſt ein »delictum non modicum« l. 9 §. 3 de minor. (4. 4).

317) Columella de R. R. Praef. Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse juris sui diceret. L. 1 §. 15 de SC. Silan. (29. 5) commixta familia et una domus. L. 1 rer. amot. (25. 2) . . quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret. So bezeichnen auch die Gatten ſelber ihr Vermögen als gemeinſchaftliches, ſ. z. B. Grabrede der Turia II. v. 37 (in der Zeitſchr. f. R. G. B. 5 S. 166): Neque matrimonii, quod adhuc fuerat commune, separationem facturam, nihil

die Frau als Herrin und Regentin des Hauſes,[318]) und die Natur des vermögensrechtlichen Verhältniſſes, wie es dem ſtrengen Recht nach für die Manusehe beſtand, beſaß für das gewöhnliche Leben ſo wenig Realität, daß eine ordentliche römiſche Hausfrau nicht bloß ihre Dotalſachen, obſchon ſie doch in's Eigenthum des Mannes übergegangen waren, ganz ſo wie unſere heutigen Frauen nach wie vor als ihre eigenen bezeichnete,[319]) ſondern ſogar über ihre Werthſachen ſelbſtändig verfügte,[320]) und ein Ehemann, der es verſucht hätte, die geſetzliche Theorie von ſeinem unbeſchränkten Eigenthum an den Dotalgegenſtänden ſeiner Frau praktiſch zur Anwendung zu bringen, dürfte in den meiſten Fällen einen ſchweren Stand gehabt haben. In Bezug auf die Dotalgrundſtücke erhob die lex Julia de fundo dotali dieſe thatſächliche Stellung der Frau ſogar zur rechtlichen, indem das Geſetz die Veräußerung derſelben an die Zuſtimmung der Frau knüpfte.

---

sejunctum, nihil separatum te habituram und daſelbſt I 38: officia ita partiti sumus, ut ego tutelam tuae fortunae gererem, tu meae custodiam sustineres. (Bei Bruns fontes juris Rom. ed. 4, p. 237.) Darum nahm man im Leben ſogar eine Beerbung der in der Manus-Ehe verſtorbenen Frau durch den Mann an, während juriſtiſch der Tod der Frau an dem vermögensrechtlichen Verhältniß nichts änderte, Serv. ad Aen. 7, 424 sibi invicem succedebant.

318) Macrob. Saturn. 1, 15 .... postridie autem nuptam in domo viri dominium incipere oportet adipisci et rem facere divinam. Dionys. 2, 25. Plaut. Casina prol. 44: herae, Asin. 3, 1. 2, 6: matris imperium.

319) Plaut. Asin. I. 1, 72: dotalem servum adduxit uxor tua, cui plus in manu sit, quam tibi. Miles glor. IV. 6, 62. 63. Quin tua causa exegit virum a se — Quid? qui id facere potuit? — Quia aedes dotales hujus sunt. Die bekannte l. 30 Cod. de jure dot. (5. 12) . . et naturaliter permanserunt in ejus dominio. L. 3 §. 5 de minor (4. 4) ipsius filiae proprium patrimonium. L. 71 de evict. (21. 2), l. 75 de jure dot. (23. 3), Mulieris dos est, l. 4 de coll. bon. (37. 6) in matris familias bonis. Die Formel der Scheidung: tuas res tibi habeto. l. 2 §. 1 de divort. (24. 2).

320) So verfügen z. B. die Matronen ſelbſtändig über das Gold, das ſie beſitzen, Liv. V. 25, 50. Festus matronis.

Die praktische Bedeutung des römischen ehelichen Güterrechts wie überhaupt aller güterrechtlichen Systeme ist ungleich weniger in dem Verhältniß der Gatten zu einander zu suchen — ist es das richtige, so herrscht thatsächlich bei ihnen immer Gütergemeinschaft d. i. Gemeinsamkeit der rechtlichen Verfügung — als vielmehr in dem Verhältniß zu dritten Personen, insbesondere zu den Gläubigern im Fall des Concurses. Welches System immerhin auch das Gesetz aufstellen möge, im Innern des Hauses gibt nicht das Gesetz, sondern das Verhältniß der Ehegatten den Ausschlag. Welche Bewandtniß es mit dem jus necis ac vitae des Mannes über die Frau hatte, werde ich unten bei Gelegenheit der Verwandtengerichte nachweisen.

Aus der bisherigen Darstellung ergibt sich zur Genüge, daß der Grund der eheherrlichen Gewalt unmöglich in einer sittlich niedrigen Auffassung der Ehe gefunden werden kann, und daß alle jene Phrasen von der Rohheit, dem Mangel des Moments der Liebe[321]) u. s. w. nur die völlige Unbekanntschaft mit dem römischen Volk und Leben documentiren. Bei den Römern selbst findet man auch in der späteren Zeit, als sie doch jedenfalls feinfühlend genug waren, um ein richtiges Urtheil zu haben, nicht die leiseste Andeutung einer solchen Auffassung; wo die angeblichen oder wirklichen Rohheiten des ältern Rechts[322]) besprochen werden, wird der manus gar nicht gedacht, weder mißbilligend, noch entschuldigend. Und doch hatte die spätere Zeit jene niedrige Culturstufe, als deren Ausfluß man die eheherrliche Gewalt charakterisiren will, bereits lange hinter sich, und es wäre unerklärlich, wie eine Zeit, die sonst so hoch stand, sich einen solchen Rest einer

321) An schönen Zügen der innigsten Liebe fehlte es der Römerwelt nicht, wohl aber mir an dem Beruf, sie hier zusammenzustellen. Ich verweise beispielsweise auf Valerius Max. 4. 6, 2: morte uxoris audita doloris impotens pectus suum gladio percussit und das schöne Dokument der Liebe in der Grabrede der Turia (Note 317).

322) z. B. in der bekannten Kritik des ältern Rechts durch Favorinus bei Gellius 20. 1.

barbarischen Vorzeit hätte gefallen lassen sollen. Allerdings wurde jenes Gewaltverhältniß in den letzten Zeiten der Republik durch die mehr und mehr in Mode kommende Ehe ohne Manus rechtlich zur Seite geschoben und thatsächlich selbst innerhalb der Manusehe zu einer bloßen Fiction gelockert, allein anstatt, wie es nach der entgegengesetzten Ansicht der Fall hätte sein müssen, darin einen Fortschritt zum Bessern zu finden, erblickten die bessern Naturen, und mit vollem Recht, darin ein Zeichen der überhandnehmenden Demoralisation.[323])

Ueber die Gestalt, welche die väterliche Gewalt im Leben an sich trug, mögen wenige Worte genügen.

Daß die römische Zucht und Kinder-Erziehung eine strengere war als die heutige, ist unleugbar. Dem Staat kam es zu gute, daß in der Familie eine strenge Disciplin herrschte, daß bereits hier die Gewöhnung an Ordnung und Gehorsam begann. Aber daß die patr. pot. nicht dazu da sei, um die Kinder zu tyrannisiren, daß die Liebe das belebende Prinzip des Verhältnisses sein solle, daß der Vater eine Erziehungspflicht habe — das haben auch die Römer sich nicht verhehlt.[324]) Wäre die patr.

---

323) z. B. Cato in seiner Rede für die lex Oppia Liv. 34, c. 2—4.

324) Liv. I. 9: nihil carius humano generi. Ueber den Geist, in dem sie zu handhaben ist, s. l. 5 de leg. Pomp. de Parr. (48. 9) .. patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere. Terent. Adel. I. sc. 1. c. 15—33. Cic. ad Att. 10, 4. §. 4: indulgentia nostra depravatus. Ueber die factische Stellung der Kinder in vermögensrechtlicher Beziehung l. 11 de lib. et posth. (28. 2). In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur . . . Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. L. 1 §. 12 de succ. ed. (38. 9): paene ad propria bona veniunt, l. 50 §. 2 de bon. lib. (38. 2). Capitol. Marcus cap. 5: res sua. Darauf zielt auch die retentio propter liberos bei der Dos, Boeth. zu Cic. Top. c. 4 (Orelli p. 303) quare quoniam quod ex dote conquiritur, liberorum est, qui in patria potestate sunt, id apud virum necesse est per-

pot. in Wirklichkeit ein Verhältniß der Willkür geweſen: wer hätte ſich arrogiren laſſen, freiwillig ſeine Unabhängigkeit und Selbſtändigkeit gegen das Loos eines Sklaven vertauſchen mögen?

Wir haben einen entſcheidenden Geſichtspunkt, der unſere beiden Verhältniſſe erſt in's rechte Licht ſetzt, bis zuletzt aufgeſpart. Zu den öfter berührten thatſächlichen Einflüſſen, welche die rechtliche Unbeſchränktheit des Subjects in allen Richtungen moderirten und beſtimmten, geſellte ſich nämlich für das Familienleben noch ein unendlich wichtiger und einflußreicher Factor hinzu, nämlich die Familie ſelbſt, d. h. der Inbegriff ſämmtlicher Verwandten. Der natürlich-ſittliche Zuſammenhang des Einzelnen mit ſeiner Familie, der in der ältern Gentilverfaſſung rechtliche

---

manere und die Befreiung von der Erbſchaftsſteuer Plin. Paneg. 37. Ueber die Enterbung Seneca de clem. 1, 14. Daher werden die Kinder ſelbſt domini und heri genannt z. B. bei Plautus Capt. Prolog. 18: Domo quem profugiens dominum abstulerat, vendidit, Asin. II. 2, 63 herus major . . . minor hic est intus, Capt. III. 5, 49 herum servavi (den Sohn) . . cui me custodem addiderat herus major meus. Daher cura prodigi über den Vater im Intereſſe der Kinder. Mit dem peculium verhielt es ſich wie bei den Sklaven, nur daß es oft ungleich größer war als bei dieſen. Manche filiifamilias hatten bereits bei Lebzeiten ihres Vaters ein bedeutendes Vermögen in Händen, führten einen eigenen Haushalt und machten großen Aufwand, ohne daß ihre Unfähigkeit, eigenes Vermögen zu beſitzen, je eine praktiſche Folge gehabt hätte. Man denke ſich, daß ein Vater ſeinem Sohn, der eine hervorragende Stellung im Leben einnahm, die höchſten Ehrenämter bekleidete, eigene Familie hatte u. ſ. w., plötzlich aus reiner Laune ſein Vermögen hätte entziehen ſollen! So etwas iſt auf dem Papiere leicht geſagt, aber im Leben ſtellt ſich die Sache doch etwas anders. Ein ſolcher ſelbſtändiger Haushalt nebſt factiſcher Unabhängigkeit des erwachſenen Sohnes kam ſchon in älteſter Zeit vor; ſo erwähnen einige Autoren bereits beim Sp. Cassius, dem Urheber der erſten lex agraria (U. C. 261) ein peculium. Val. Max. 5, 8. 2. 6, 3. 1 (domum). Liv. 2, 41 (. . signum inde factum et inscriptum: ex cassia familia datum). Dionys. 8, 79 nimmt Anſtoß daran, daß ſeine Quellen dem Caſſius nach der Vorſtellung des gewöhnlichen Lebens Eigenthum beilegten, und macht ihn darum zum paterfamilias. Cic. pro Rosc. Am. c. 15, 43 der bei ſeinem Clienten des Peculiums gedenkt, (»certis fundis patre vivo frui solitum esse«) bezeichnet es als ein regelmäßiges (»quod consuetudine patres faciunt«).

Gestaltung gewonnen und mit ihr sie verloren hatte, ward durch die Sitte in Form der Familiengerichte wieder zur Geltung gebracht.

Die Unbestimmtheit und Biegsamkeit, die wir oben (§. 25) als den Charakterzug der Sitte haben kennen lernen, äußert sich an diesem Institut in mannigfacher Weise. Theils nämlich hinsichtlich des Begriffs der Familie, es ist nicht der juristische, der der Agnaten, sondern der der natürlichen Familie,[325]) der Kreis der Blutsverwandten, ja so wenig ist dieser Kreis abgeschlossen, daß auch die nähern Freunde[326]) zu ihm herangezogen werden. Man könnte sagen: es ist die ethische Umgebung des Subjects, der Umkreis, innerhalb dessen seine sittlich häusliche Existenz ihre Wurzeln treibt, der Chor, der wie im griechischen Drama ihn durch Billigung und Mißbilligung bei seinen Handlungen bestimmen soll, und von dessen Gunst oder Ungunst, Beistand oder Theilnahmlosigkeit der Frieden und die Behaglichkeit seiner Existenz abhängt. Wer diesen Chor mit bildet, ob alle Verwandte, oder nur die nähern bis zu einem gewissen Grade, ob auch die Freunde u. s. w., darüber hat die Sitte keine Norm; möge der Einzelne im einzelnen Fall selbst bestimmen, wen er zu den propinqui, necessarii, amici u. s. w. rechnet. Die Unbestimmtheit des Instituts äußert sich ferner darin, daß die unterlassene Zuziehung jener Personen in Fällen, wo dieselbe hätte Statt finden sollen, bald als arger Verstoß gegen die Sitte allgemeine

---

325) Darauf weisen nicht bloß die Ausdrücke propinqui, amici, cognati u. s. w. hin, sondern hinsichtlich des Verwandtengerichts über die Ehefrau in manu verstand es sich von selbst, daß man die Verwandten von ihrer Seite, also die Cognaten nicht übergehen konnte.

326) Mitunter sogar fern stehende Personen von Rang z. B. August bei Seneca de clement. 1. 15. Ja bei Val. Max. 5. 9, 1 wurde ein großer Theil des Senats zugezogen. Selbst die Freigelassenen der Familie, l. 22 de his quae ut (34. 9) libertis patris instantibus. Nach Klenze in der Zeitschr. f. geschichtl. R. W. VI. S. 31 „gewinnt das ganze Hausgericht erst eine feste Gestalt durch feste Regeln über die Berufung der Richter." Als ob es sich hier um etwas Festes, um ein Rechts institut handelte!

Mißbilligung erfuhr und ſchwere Folgen für den Widerſpenſtigen nach ſich zog, bald aber auch nicht. Am häufigſten [327]) wird die Zuziehung der Verwandten und Freunde berichtet in Bezug auf Ausübung des jus necis ac vitae über Ehefrauen und Kinder. Der Ehemann oder Vater [328]) berief die Verwandten zuſammen, legte ihnen den Fall vor und ſprach und vollzog das in Gemeinſchaft mit ihnen [329]) gefundene Urtheil. Aber auch bei anderen wichtigen die Familienverhältniſſe betreffenden Handlungen des Gewaltinnehabers erforderte die Sitte eine Berathung mit den Verwandten; ſo wird uns dies z. B. ausdrücklich hinſichtlich der Eheſcheidung bezeugt. [330]) Ueberhaupt mochte kein wichtiges Ereigniß im Innern der Familie vorkommen, an dem ſie nicht Theil nahmen, ſei es zur Verherrlichung des Aktes, wie bei Anlegung der toga virilis, bei Verlobungen u. ſ. w., [331]) ſei es um ihre Billigung einzuholen. Sie waren die natürlichen Beſchützer aller ſchutzbedürftigen Perſonen innerhalb der Ver-

---

327) Es bedarf für dieſe ſehr bekannte Sache keiner Belegſtellen. Ich verweiſe auf Klenze Zeitſchrift für geſch. Rechtsw. B. VI. S. 25 fl. und Geib Geſch. des röm. Krim.-Proz. S. 84 fl.

328) Auch hinſichtlich der reinen Rechtsfrage, wer im concreten Fall zur Ausübung des jus necis ac vitae berufen war, und wer folglich die Verwandten zum Gericht zu entbieten hatte, ward es im Leben wohl nicht ſo genau genommen. So ſpricht z. B. bei Cic. de finib. 1, 7 der Vater, der ſeinen Sohn in Adoption gegeben hatte, ſtatt des jetzigen Innehabers der potestas das Urtheil, ſo mochte über die Ehefrau, die noch in der patr. pot. ihres Vaters, alſo nicht in der manus des Mannes ſtand, letzterer häufiger das Gericht berufen als erſterer.

329) Daß er juriſtiſch nicht an ihre Anſicht gebunden war, verſteht ſich von ſelbſt, und es verräth ein Verkennen der ganzen Einrichtung, wenn man dies in Frage ſtellt, aber ebenſoſehr liegt auf der Hand, daß das Urtheil der Verwandten factiſch in der Regel den Ausſchlag gegeben haben wird.

330) Val. Max. 2, 9, 2. Die Cenſoren ſtießen Jemanden, der es unterlaſſen, aus dem Senat. So erklärt bei Plautus Stichus I. 2, 71 ein Vater, der die Ehe ſeiner Tochter vermöge der patr. pot. trennen will: mihi auctores ita sunt amici, ut vos hinc abducam domum.

331) Appian. bell. civ. 4, 30. Liv. 2, 36.

wandtschaft,[332]) und ihr Urtheil, ihre Fürsprache und Einsprache fand bei der kräftigen Entwickelung des Familiensinns in alter Zeit eine ganz andere Beachtung als heutzutage. Wir dürfen ihre Stellung und ihr Auftreten nicht nach heutigen Ideen beurtheilen; ihre Prätensionen waren keine Anmaßung, sondern Ansprüche, die in der römischen Auffassung des Verhältnisses begründet lagen, und die sich ohne Aufsehen und öffentliches Aergerniß nicht zurückweisen ließen. Ich will ein belehrendes Beispiel mittheilen, welches dies Auftreten der Verwandten in ein helleres Licht setzt, als die weitläufigste Ausführung es könnte. Der Sohn von Scipio Africanus dem ältern, dem Vater in jeder Weise unähnlich, war trotz seiner Unwürdigkeit vom Volk zum Prätor erwählt und machte als solcher seinem Amt und seiner Familie die größte Unehre. Hier hielten es die Verwandten für ihre Pflicht, die Ehre des Geschlechts zu wahren; sie machten ihm nicht bloß jede Amtshandlung unmöglich, sondern zogen ihm sogar den Ring mit dem Bildniß des Vaters vom Finger.[333]) Dies geschah gegen einen römischen Prätor und gegen einen Mann, der sich aus dem Urtheil der Welt nichts machte, und der also schwerlich sich einem solchen Einschreiten der Familie gefügt haben würde, wenn er sich mit Erfolg dagegen hätte auflehnen können.

So wenig nun die Zuziehung der Verwandten bei Ausübung des jus necis ac vitae rechtlich vorgeschrieben war, so mißlich war es doch in der Regel, dieselbe zu unterlassen. Es lag der Verdacht zu nahe, daß man sich nicht getraut habe, ihnen die Sache vorzulegen, und nur wo die Schuld des zu bestrafenden Kindes ganz außer allem Zweifel war, mochte Jemand es ohne Nachtheil

332) Namentlich führten sie auch die Aufsicht über den Tutor und trugen durch die act. susp. tutoris auf seine Remotion an — überhoben also den Staat der Mühe sich darum zu bekümmern — stellten im Interesse der Kinder des Verschwenders den Antrag, eine cura prodigi anzuordnen u. s. w.

333) Val. Max. 3. 5, 1. Nur braucht man dabei nicht an ein eigentliches Verwandtengericht zu denken.

wagen, ſich über die Sitte hinwegzuſetzen.[334]) Jedenfalls war es für den Vater im eigenen Intereſſe unter allen Umſtänden das Gerathenſte, die Sitte zu beachten, denn es ließ ſich nicht berechnen, ob nicht ſchon der Cenſor ganz abgeſehn von der Gerechtigkeit des gefällten Spruches die Verletzung des Herkommens rügen und ſtrafen würde.[335]) Ein wirklicher Mißbrauch der Gewalt aber konnte noch ganz andere Folgen haben. Von einem über die Hausangehörigen verhängten und vollzogenen Todesurtheil unterſchied die öffentliche Meinung ſehr wohl einen Todtſchlag derſelben. Wer ſich letztern hatte zu Schulden kommen laſſen, konnte vor die Volksverſammlung geſtellt werden, und das Pochen auf ſein jus necis ac vitae, in dem jener Unterſchied allerdings nicht zu Tage lag, konnte ihm bei der Geſtaltung und dem Geiſt der ältern Strafrechtspflege (S. 48) wenig nützen; die ſittliche Entrüſtung des Volks ließ ſich dadurch nicht beſchwichtigen.[336]) Wird uns doch ſogar von einem Fall berichtet, wo ein Vater angeklagt ward, weil er ſeinen Sohn, der durch Talent und Geſchlecht zu Höherem beſtimmt ſei, ausſchließlich zur Feldarbeit verwende und ihm dadurch die politiſche Laufbahn verſchließe.[337]) Daß auch das Vaterland ein Anrecht auf die Kinder habe, war ein Geſichtspunkt, den der Vater bei Ausübung ſeiner

---

334) S. z. B. Val. Max. 5. 8, 3. . ne consilio quidem necessariorum indigere se credidit. id. 6. 3, 9. Sall. Catil. 39.

335) Wie in dem Fall der Anm. 330.

336) Fälle bei Orosius 3. 9 exstitit parricida, . . . filium enim suum peremit; 5. 15 (16): Q. Fabius Maximus filium suum . . cum duobus servis parricidii ministris interfecit . . . Die dicta Cn. Pompejo accusante damnatus est. Seneca de clem. 1, 14. Ein anderer Fall, in dem der Angeklagte für ſchuldlos erkannt und freigeſprochen wurde ſ. bei Plin. Hist. nat. 14, 14. Valer. Max. 6. 3, 9 u. a. Ob dieſer Fall, den Plinius unter Romulus verlegt, mythiſch iſt, relevirt nichts für die allein weſentliche Frage, wie die Römer die Sache auffaßten, und daß ſie die im Texte ihnen untergelegte Entſcheidung wirklich machten, geht aus Plinius hervor: eumque caedis esse absolutum.

337) Val. Max. 5. 4, 3.

patr. pot. nicht außer Acht laſſen durfte. Von ſeinem Standpunkte aus betrachtet war ſeine Strafgewalt ein reines Privatrecht, vom Standpunkte des Staats aus ein im allgemeinen Intereſſe als Mittel der Erziehung und Zucht verliehenes Amt. Darum unterlag der cenſoriſchen Rüge nicht minder, wer die Zügel des Hausregiments zu ſchlaff, als wer ſie zu ſtraff angezogen hatte. Vollkommen in Stand geſetzt, die Seinen zur Zucht und Ordnung anzuhalten, galt er ſelber in den Augen des Volks für die gute Aufführung derſelben auch für verantwortlich,[338] und von ihm konnte man, wenn dieſelben ein Verbrechen begingen, zunächſt erwarten, daß er die verdiente Strafe über ſie verhängen und ſich ſelbſt von der moraliſchen Mitſchuld losſagen würde. Der Staat hatte aber gewiß nur in den ſeltenſten Fällen nöthig ſelbſt einzuſchreiten;[339] die römiſchen Väter und Männer wußten in alter Zeit, was ihre Pflicht war, und beſaßen Seelenſtärke genug, um ſie zu erfüllen.

So wenig nun dieſer Geſichtspunkt der Pflicht in der juriſtiſchen Conſtruction der hausherrlichen Gewalt Berückſichtigung fand: in der Wirklichkeit war er der beſtimmende; beſtimmend nicht bloß für die Handhabung derſelben, ſondern nicht minder für die ganze Auffaſſung derſelben. In dem Bilde, das wir heutzutage von der hausherrlichen Gewalt entwerfen, würde ein alter Römer dieſelbe kaum wieder erkannt und es ſchwerlich begriffen haben, wie eine Inſtitution, auf die Rom ſtolz ſein konnte, und die wie keine andere die Quelle altrömiſcher Kraft und Tugend und der wirkſamſte Hebel römiſcher Größe war, der-

338) Hinſichtlich der Frauen erkennt Cicero in einem Fragment aus lib. 4 de republica (Nonius de num. et cas. ed. Mercer. p. 499 ed. Gerlach et Roth p. 340) dies ausdrücklich an: nec vero mulieribus praefectus praeponatur, qui apud Graecos creari solet, sed sit Censor, qui viros edoceat mulieribus moderari.

339) Hinſichtlich der Frauen werden einige Fälle erwähnt wo die Strafe von Staatswegen gefällt, die Vollziehung derſelben aber den Verwandten überlaſſen wurde. Val. Max. 6. 3, 7. Liv. 39. 18. Sueton. Tiber. 35.

maleinſt von den Kennern des römiſchen Rechts und Alterthums ſeinem Volke zum ſchweren ſittlichen Vorwurf angerechnet werden würde.

3. Der objective Freiheitsgehalt der Inſtitute eine Schranke der ſubjectiven Autonomie.

Die Gefahr der Selbſtvernichtung eine Klippe der ſubjectiven Freiheit — der Objectivismus in der Auffaſſung der Freiheit (die Freiheit eine Pflicht) — Nachweis deſſelben am römiſchen Recht, namentlich am Eigenthum (Servituten).

XXXIII. Ein Punkt, an dem die Auffaſſung des Freiheitsbegriffs wie an keinem andern ihre Probe beſtehen kann, iſt die im Begriff der Freiheit ſcheinbar enthaltene Möglichkeit einer Selbſtvernichtung derſelben. Das Recht frei zu ſein, hat man oft geſagt, ſchließt mit Nothwendigkeit die Möglichkeit in ſich, die Freiheit ganz oder theilweiſe aufzugeben; iſt letztere ein Recht, warum ſollte ich nicht darauf verzichten, iſt der Wille frei, warum ſollte ſeine Thätigkeit nicht auch darin beſtehen können, ſich ſelbſt zu beſchränken, ſich zu binden und zu feſſeln? So trüge alſo die Freiheit den Keim der Unfreiheit in ſich, und aus der Ausſaat der Freiheit könnte das Unkraut der Unfreiheit hervorgehen. Und in der That ſcheint das deutſche Recht bewußt oder unbewußt von dieſer ſelbſtmörderiſchen Auffaſſung des Freiheitsbegriffs ausgegangen zu ſein. Der freie Mann konnte durch Vertrag ſeine perſönliche Freiheit aufgeben oder mindern, Sklave oder Leibeigner werden; durch Reallaſten, die er auf ſein Grundſtück legte, durch Familienfideicommiſſe u. ſ. w. die Freiheit des Eigenthums für ewige Zeiten binden und Preis geben, durch Erbverträge die teſtamentariſche Freiheit opfern u. ſ. w. Kurz die Inſtitute, die der Freiheit dienen ſollten, wurden in Wirklichkeit zu Werkzeugen der Unfreiheit, zu Ketten und Banden, unter denen die ſubjective Freiheit erlag.

Dieſe Möglichkeit einer Selbſtvernichtung ſcheint, wie geſagt,

im Wesen der Freiheit begründet und damit der Beweis erbracht zu sein, daß die Freiheit in ihrer vollen Consequenz praktisch unausführbar ist. Das ist jedoch nur Schein; nur die falsche Freiheit gräbt sich ihr eigenes Grab. Der Anspruch des Individuums auf die rechtliche Freiheit stützte sich, wie wir §. 30 nachzuweisen versuchten, auf eine ethische Grundlage, — den schöpferischen Beruf der Persönlichkeit. Daraus ergibt sich zunächst für das Individuum der Gesichtspunkt, daß sein Recht auf Freiheit zugleich eine Pflicht ist, für den Staat aber, daß er nur diese wahre, ethisch berechtigte Freiheit des Subjects anzuerkennen und zu verwirklichen hat. Seine Aufgabe der Freiheit des Subjects gegenüber ist also nicht eine bloß negative, ein Gewährenlassen, ein Nichteingreifen in ein fremdes Gebiet, seine Stellung nicht die des indifferenten Zuschauers; sondern seine Aufgabe ist wesentlich positiver Art: Verwirklichung der rechtlichen Freiheit, Sicherstellung derselben gegen die Gefahr einer Unterdrückung oder Entziehung, drohe dieselbe von außen oder von Seiten des Subjects selbst (Selbstvernichtung der Freiheit). Darin eine dem Begriff der Freiheit widerstrebende Bevormundung von Seiten des Staats zu erblicken, ist nur möglich, wenn man weder der Freiheit, noch dem Staat eine sittliche Bestimmung zuschreibt.

Das römische Recht gewährt uns für die vorliegende Frage ein höchst instructives Beispiel, das uns aller ferneren allgemeinen Betrachtungen überhebt. Es hat wohl noch nie ein Recht gegeben, das den Gedanken der Freiheit in so würdiger und richtiger Weise erfaßt hat wie das römische. Jene Gefahr der Selbstvernichtung, welche, wie das Beispiel des deutschen Rechts zeigt, für die falsche Auffassung der Freiheit die Klippe bildet, an der sie strandet, ist vom römischen Recht in meisterhafter Weise erkannt und fern gehalten worden. Die Form, in der dies geschehen, war nicht die eines äußern gesetzlichen Verbots des Mißbrauchs der Freiheit, sondern die von der Jurisprudenz dem Wesen der Freiheit selber entnommene Selbstbeschränkung derselben auf wissenschaftlichem Wege.

Die römiſche Anſchauungsweiſe und damit die Quinteſſenz der folgenden Ausführung läßt ſich am bezeichnendſten in der Weiſe ausdrücken, daß erſtere in der Freiheit nicht etwas Subjectives, ein Gut oder eine Eigenſchaft der Perſon, ſondern eine objective, vom Willen der Perſon unabhängige unzerſtörbare Eigenſchaft der Rechtsinſtitute erblickt.

Die privatrechtlichen Inſtitute ſind die Formen, in denen das Freiheitsbedürfniß des individuellen Lebens ſich befriedigt. In ihrer Geſammtheit repräſentiren dieſelben die ſämmtlichen Seiten und Richtungen der Bewegung der ſubjectiven Freiheit; jedem einzelnen derſelben wohnt der Geſichtspunkt eines beſtimmten Freiheitsbedürfniſſes und Freiheitszweckes inne. Dieſen Geſichtspunkt hat das römiſche Recht meiſterhaft erfaßt und durchgeführt, d. h. es hat den Zweck des Inſtituts zum Maß für die dem Subject innerhalb deſſelben zu verſtattende freie Bewegung gemacht. Die abſtracte Freiheit des Subjects findet alſo an der in dem einzelnen Inſtitut enthaltenen objectiven Freiheit ihr Maß und Ziel vor, eine Bahn, die ſie einzuhalten hat, damit ſie nicht mit ſich ſelbſt in Widerſpruch gerathe; die Freiheitstheorie der einzelnen Inſtitute iſt die verwirklichte Disciplin des abſtracten Freiheitsgefühls. Dispoſitionen, die dem Zweck des Inſtituts widerſtreiten, ſind daher nichtig und unwirkſam.

An der gegenwärtigen Stelle können wir dieſen Geſichtspunkt nicht nach ſeiner ganzen Ausdehnung verfolgen,[340] ſondern nur nach einer ganz beſtimmten Seite hin, nämlich rückſichtlich der Unwirkſamkeit von Verträgen und Dispoſitionen, durch die das Freiheitselement des einzelnen Inſtituts dahin gegeben werden ſoll, bei denen alſo die ſubjective Freiheit des Disponenten mit der objectiven Freiheit des Inſtituts in Widerſpruch geräth.

Daß die vertragsmäßige Aufgabe der perſönlichen Freiheit

340) Was wir hier übergehen und bei einer andern Gelegenheit nachholen wollen, iſt die Beſchränkung des Willens durch das logiſche Element der Inſtitute.

nach römischem Recht unmöglich ist, darf ich als bekannt voraussetzen. Zur Strafe konnte die Freiheit verloren gehen d. h. sie konnte *verwirkt* werden z. B. von dem Dieb, dem insolventen Schuldner u. s. w., aber ein Verzicht auf dieselbe, ein Vertrag, wodurch Jemand sich zum Sklaven eines Andern machte war nach römischem Recht ungültig.[341])

Wie weit war eine *Beschränkung* der persönlichen Freiheit möglich? Jede Obligation enthält eine Belastung der Person. Hätten die Römer nun die ihnen mitunter angedichtete Vorstellung von der unbedingt verbindenden Kraft des obligatorischen Willens wirklich gekannt, so würde die Obligation das Mittel dargeboten haben, die Freiheit dem Effect nach völlig zu untergraben, z. B. durch Uebernahme lebenslänglicher Dienstbarkeit, durch das Versprechen, sich nie vom Orte zu entfernen, ohne Willen des Andern sich nicht zu verheirathen, nichts zu veräußern u. s. w. Diese Vorstellung war den Römern völlig fremd. Ihre Obligation hatte zunächst eine ausschließliche Beziehung und Richtung auf das Vermögen; eine Abweichung von dieser ihrer Bahn war in alter Zeit schon durch die objective Aestimation des ältern Rechts (S. 110) unmöglich gemacht. Das ältere Recht kannte nach der dort geäußerten Ansicht keine Obligationen auf Dienstleistungen, sondern nur auf Sachen, d. h. es erstreckte sich nur so weit als das *Sachenrecht*. Daß man die Hingabe einer *Sache*, sei es durch mancipatio, in jure cessio oder durch bloße traditio, bindend versprechen konnte, daraus ergab sich in den Augen der Römer keineswegs, daß dasselbe auch hinsichtlich solcher Handlungen, die in persönlichen Dienstleistungen bestehen, hätte gelten müssen. Denn was dort versprochen, ist ein Stück des Vermögens oder, juristisch correcter ausgedrückt, zwar eine

341) Einer vertragsmäßigen Sklaverei kam jedoch ziemlich nahe das auctoramentum, der Vertrag, durch den die Gladiatoren sich dem Willen ihres Herrn unterwarfen (Schulting Jurisprud. antiq. Noten zur Collatio leg. mos. tit. IV. c. 3, IX. c. 2), ein Verhältniß, das schwerlich aus der guten alten Zeit datirt.

Leiſtung, aber eine ſolche, die in der Vornahme eines Rechtsgeſchäfts des Sachenrechts beſteht; ein Verſprechen hingegen, das über das Sachenrecht hinausgeht, wirft die Feſſel des Rechts über die Perſon ſelber, veräußert gewiſſermaßen ihre perſönliche Kraft, kurz es bezweckt ein Verhältniß partieller Unfreiheit, an dem das römiſche Freiheitsgefühl Anſtoß nimmt.[342]) Als die Macht der Verhältniſſe gleichwohl die rechtliche Zulaſſung desſelben erzwungen hatte, ſträubte man ſich dennoch, einen directen Zwang auf Vornahme der Handlung zu ſtatuiren, und der Grundſatz des römiſchen Prozeſſes, daß jede Verurtheilung auf Geld lauten müſſe, hielt noch fortdauernd die uralte römiſche Anſchauung aufrecht, daß der freie Römer keine Anweiſung auf ſich ſelbſt, ſondern nur auf ſein Vermögen geben könne.

Aber unbeſchadet dieſes Grundſatzes, ſcheint es, hätte man trotzdem durch richtige Anwendung der Conventionalpön (S. 113) die perſönliche Freiheit vollſtändig vernichten können, indem man ſich vom Gegner für den Fall der Unbotmäßigkeit ein Strafgeld in beliebiger Höhe verſprechen ließ. Hier aber zeigt ſich wiederum recht deutlich, daß die Römer die objective Idee der perſönlichen Freiheit höher ſtellten als das Prinzip der abſtracten ſubjectiven Willensfreiheit; denn alle derartige Verträge, welche die perſönliche Freiheit antaſteten, waren nichtig.[343]) Eine Parallele dazu findet ſich im Erbrecht. Der Teſtator, der die perſönliche Freiheit des Erben auf directem Wege durch Verbote und Gebote nicht zu beſchränken vermochte, konnte auf die Idee verfallen, es indirect durch Anordnung bedingter Vermächtniſſe zu bewirken (z. B. wenn mein Erbe ſich verheirathet, ſoll er dem A 1000 zahlen; ein Legat mit dem Zweck einer Conventionalpön, d. i. legatum poenae nomine relictum). In der Kaiſerzeit

342) Cicero de offic. I. 42 (abgedruckt Note 378). Weitere Ausführung in meinem „Zweck im Recht" B. I. S. 114 fl.

343) L. 71 §. 2 de cond. (35. 1) . . non esse locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur. Eine Ausnahme bei Freigelaſſenen im Verhältniß zum Patron l. 1 de bon. lib. (38. 2).

ward ein solches Legat schlechthin für ungiltig erklärt,[344]) einerlei ob die Handlung, zu welcher der Erblasser den Erben durch die Aussicht auf den Verlust veranlassen, oder von der er ihn abhalten wollte, unter den Gesichtspunkt einer Beschränkung der persönlichen Freiheit fiel oder nicht. Für das ältere Recht existirte ein solches absolutes Verbot nicht, aber im Geiste desselben darf man annehmen, daß von einem solchen Straflegat dasselbe galt, wie von der Conventionalpön, d. h. Nichtigkeit für den Fall, daß die persönliche Freiheit des Erben dadurch beeinträchtigt werden sollte.

Im Eherecht bewährt sich unser Gesichtspunkt an der Unklagbarkeit aller Verträge, die der vom römischen Recht als Prinzip aufgestellten Freiheit der Ehe widerstreben würden, z. B. der Verträge, mittelst deren man direct oder mittelbar [unter dem Versprechen einer Conventionalpön] sich anheischig machte, eine Ehe zu schließen oder nicht zu schließen, zu trennen oder nicht zu trennen.[345]) Streitig ist nur, ob nicht die Sponsalien im ältern Recht klagbar gewesen seien; für das neuere Recht steht das Gegentheil fest.[346]) Betrachtet man die Frage von vornherein, so muß die angebliche Klagbarkeit derselben höchst bedenklich erscheinen. Die Ehe frei und jeden Moment lösbar, die Sponsalien bindend —

---

344) Durch Ant. Pius. Capitol. in vita Ant. Pii c. 8. Diese Allgemeinheit des Verbots ward durch Justinian wieder aufgehoben und damit das frühere Recht, in dem der Charakter der dem Erben zugemutheten Handlung über die Gültigkeit des Legats entschied, wieder hergestellt. Die Behauptung, daß Antonin jenes Verbot nicht sowohl erweitert, als erst eingeführt habe, ist ein Irrthum; schon Sabinus kannte es. §. 36 I. de leg. (2. 20).

345) L. 19. l. 134 pr. de V. O. (45. 1) Inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive jam contracta. L. 2 Cod. de inut. stip. (8. 39) Libera matrimonia esse antiquitus placuit. L. 14 Cod. de nupt. (5. 4). l. 71. §. 1 de cond. (35. 1).

346) Eine indirecte Bestärkung durch arrha war auch hier möglich, enthielt aber keine Ausnahme, insofern ja die Wirksamkeit dieses Mittels die Erhebung einer Klage nicht erforderte. L. 38 pr. de R. N. (23. 2). Isidor. Orig. IX. 7. §. 5, 6.

das wäre ein seltsamer Widerspruch. Woher käme den Sponsalien eine stärkere Kraft als der Ehe, während man doch eher das Entgegengesetzte erwarten sollte? Und welchen praktischen Nutzen hätte sie gehabt? Wenn der Bräutigam oder der Vater der Braut sich der Eingehung der Ehe widersetzten, so hätten sie, meint man, mit der act. ex sponsu gezwungen werden können.[347] Allein was half der Zwang, wenn beide gleich hinterher die Ehe wieder trennen konnten? Damit war ja der Weg gewiesen, um die Klagbarkeit der Sponsalien völlig zu vereiteln, und ich meine, den Römern sollte man am wenigsten ein so nutzloses Spiel mit einer Klage zutrauen. Die Idee der Klagbarkeit stützt sich auf die Autorität des Varro; welche Bewandtniß hat es mit letzterer? Der Ausdruck spondere, sponsio bezeichnete zu Varro's Zeit einen civilrechtlich obligirenden Akt: die Stipulation, und für einen Etymologen und Nichtjuristen lag der Irrthum nahe, den Umstand, daß jener Ausdruck auch bei dem Verlöbniß wiederkehrte (sponsalia, despondere, sponsus u. s. w.), und daß das Verlöbniß in Form der Stipulation abgeschlossen ward (spondesne gnatam tuam? spondeo),[347a] durch die Annahme zu erklären,

347) Hinsichtlich des Vaters kann man sich auf ein ausdrückliches Zeugniß von Varro de L. L. VI. §. 72 berufen, allein wie gering die Autorität des Varro bei dieser Frage ist, wird nachher gezeigt werden.

347a) L. 2 de spons. (23. 1) Ulp. Sponsalia dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras. Varro de L. L. VI. 70. Bei Plautus ist dies die regelmäßige Form s. z. B. Aul. II. 2, 78. In dieser Stelle wird die Stipulation zugleich auf die »illae leges cum illa dote, quam tibi dixi« gerichtet, und wenn diese Cumulirung der vermögensrechtlichen Verabredungen mit den persönlichen im Leben eine regelmäßige war, so würde sich daraus am einfachsten erklären, wie sich im Leben (z. B. Plaut. Aul. IV. 10, 63: ut leges jubent, Plutarch. Cato min. 7) die Ansicht bilden konnte, daß die Sponsalien verbindende Kraft hätten. Wie wenig der Schluß von der Benutzung der Stipulation im Leben auf die Klagbarkeit berechtigt ist, lehrt am besten der Umstand, daß noch Arnobius adv. gent. IV. 20: habent speratas, habent pactas, habent interpositis stipulationibus sponsas die Stipulation erwähnt, ungeachtet doch zu seiner Zeit die Klaglosigkeit aller die Verlobung betreffenden Stipulationen zweifellos war l. 134 pr. de V. O. (45. 1).

daß die Sponsalien ursprünglich ganz die Kraft der gewöhnlichen sponsio gehabt hätten.[348]) Dazu kam, daß dieser Rechtssatz in der That in Latium bis zur lex Julia (664) Geltung gehabt hatte,[349]) was dem Varro, der sein Werk de lingua latina kaum 50 Jahre später schrieb (frühstens 706) nicht unbekannt gewesen sein kann. Daß jene beiden Momente den Schluß nicht begründen, läßt sich leicht zeigen.[350]) Denn sponsio bezeichnet ursprünglich keineswegs eine civilrechtliche, sondern eine religiöse Verpflichtung (§. 18), und das Recht Latiums dürfen wir ohne weitern Beweis nicht mit dem der Stadt Rom identificiren. Daß aber Varro bei dieser Frage nur Schlüsse gemacht, nicht berichtet hat, und daß seine Autorität hier eine höchst problematische ist, wird sich schwerlich in Abrede stellen lassen.[351])

---

348) Isidor. IX. 7, 3 geht gleichfalls von der Idee aus, daß das spondere hier eine juristische Verbindlichkeit begründet habe, bezieht es aber auf die Ehegatten und läßt (§. 4) den sponsus sponsores bestellen.

349) Gellius IV, 4 §. 3.

350) Im Resultat mit der zuerst von mir (1854) aufgestellten Ansicht einverstanden, aber auch hier wiederum, ohne mich zu nennen, und abweichend in der Begründung: M. Voigt, das jus naturale. II. S. 234 fl.

351) Was die sonstigen für die Klagbarkeit der Sponsalien geltend gemachten Gründe anbetrifft, so wird man, wenn man weiß, was die Römer unter fides verstanden (ich erinnere an fideicommissa d. h. in's Gewissen geschobene, also rechtlich nicht verbindende Auflagen) in der Stelle aus Festus: consponsos antiqui dicebant fide mutua colligatos nur die zutreffende Charakteristik des Verhältnisses als eines rein moralischen erblicken, es aber schwer begreifen können, wie ein namhafter neuer Rechtshistoriker in der fides mutua eine Andeutung von gegenseitigen Stipulationen hat finden wollen. — Einer Exception bedurfte es im ältern Recht gegen eine angebliche act. ex sponsu ebensowenig, wie gegen jede Klage, die ipso jure nicht begründet war. Gegen die Einklagung der Conventionalstrafe sichert freilich Paulus den Vater in der l. 134 pr. de V. O. (45. 1) durch eine exceptio. Daß aber eine stipulatio contra bonos mores (und eine solche nimmt Paulus hier an) nur auf diesem Wege hätte entkräftet werden können (unter dieser Voraussetzung also im ältern Recht nicht, Gai. IV. §. 108) ist bekanntlich unrichtig, in der Regel wird sie geradezu als nichtig erklärt (ein Beispiel aus dem Eherecht s. in l. 19 ibid.), und schwerlich wird man doch sich zu der Annahme entschließen, daß das ältere Recht, welches

Die Freiheit des Erbrechts besteht in dem Recht der beliebigen Errichtung oder Aenderung letztwilliger Dispositionen.[352] Alle Verträge oder Aenderungen, welche zum Zweck hatten, dieses Recht zu entziehen oder zu verkümmern, waren nichtig.[353]

Eins der interessantesten Beispiele bietet das Eigenthum,[354] und unsere Frage gewinnt hier eine ungemein hohe sowohl national-ökonomische als politische Bedeutung.

Das Eigenthum gewährt die Möglichkeit der unbeschränkten Benutzung und Verfügung über die Sache. Nun kann aber der Eigenthümer bekanntlich Dispositionen doppelter Art treffen: solche, welche bloß sein Recht, und solche, welche das der Sache berühren d. h. solche, welche ihre Wirkungen lediglich auf ihn beschränken wie z. B. Verpachtung, Verkauf der Sache, und solche,

---

keine Exceptionen kannte, alle Stipulationen einer Conventionalpön ohne Unterschied ihrer Tendenz für gültig erklärt habe.

352) Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. L. 4 de adim leg. (34. 4).

353) L. 34 Cod. de transact. (2. 4). L. 4 Cod. de inut. stip. (8. 39). L. 15 Cod. de pact. (2. 3), libertatem testamenti faciendi. L. 61 de V. O. (45. 1). L. 17 pr. ad SC. Trebell. (36. 1). L. 15 §. 1 ad leg. Falc. (35. 2). L. 5 Cod. de pact. conv. (5. 14). Eingehung einer Societät zu diesem Zweck l. 52 §. 9 pro socio (17. 2). Verträge, wodurch Jemand für den Fall, daß ihm eine Erbschaft anfallen sollte, sich zur Annahme oder Ausschlagung derselben im voraus verpflichtet, sind gleichfalls ungültig, l. 4 Cod. de inut. stip. (8. 39). L. 3 Cod. de collat. (6. 20). L. 16 de suis et leg. (38. 16); ob aber der Gesichtspunkt, daß die Freiheit des Entschlusses dem berufenen Erben nicht verkümmert werden dürfe, der entscheidende war, lasse ich dahin gestellt, indem sich noch ein anderer darbietet, IV. 160 Note 198.

354) Auch aus dem Besitz läßt sich eins anführen, l. 12 de precar. (43. 26): Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in Calendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. Der Gedankengang ist: im Besitz liegt das Recht der Ausschließung jedes andern, es ist dies die Freiheit, die der Besitz mit sich bringt, folglich ist ein Vertrag, der diese Freiheit aufgibt, vom Standpunkt des Besitzes aus unwirksam. L. 2 §. 2 ibid.

welche ihre Wirkungen auch auf dritte Personen erstrecken wie z. B. Bestellung von Hypotheken und Servituten. Dieser Gegensatz ist für die Frage, in welchem Umfange die Gesetzgebung die Eigenthumsfreiheit anerkennen soll, von ganz maßgebendem Einfluß. Die Dispositionen der ersten Art beschränken ihre nachtheiligen Folgen ausschließlich auf den Eigenthümer selber und seine Erben, sie schließen aber keine Gefahr für den Verkehr in sich. Hat der Eigenthümer sein Geld durchgebracht und die Sachen verkaufen müssen, so äußert seine schlechte Wirthschaft in der Person seines Nachfolgers keine weitern rechtlich nachtheiligen Folgen mehr, die Sache ist nur aus einer Hand in die andere gegangen, sie befindet sich aber in der zweiten ganz so frei wie in der ersten. Ganz anders aber verhält es sich mit solchen Dispositionen, welche das Recht der Sache (im Gegensatz zu dem des Eigenthümers) afficiren, in römischer Sprache ausgedrückt: welche dem Berechtigten eine in rem actio gewähren. Sind sie dauernder Art, so begründen sie, wie es die römische Sprache für die älteste Art derselben treffend ausgedrückt hat, einen Zustand der Unfreiheit (servitus), der jedem Besitzer für ewige Zeiten fühlbar bleibt. Die völlige Freigebung derartiger Dispositionen an die Privatautonomie schließt für das Eigenthum die größten Gefahren in sich, enthält den Ruin der wahren Eigenthumsfreiheit, eine Preisgebung der wahren Idee des Eigenthums. Das Anrecht auf Freiheit des Eigenthums, das jede neue Generation mit zur Welt bringt, wird durch den zeitweiligen Innehaber in einer leichtsinnigen Stunde consumirt; eine Uebereilung schleppt sich fortan durch alle Jahrhunderte durch. Man schlage die Folgen nicht zu gering an. Ich lege das Hauptgewicht nicht auf die pecuniäre, sondern auf die moralische Werthverminderung der Sache. Der moralische Einfluß, den das Grundeigenthum auf den Eigenthümer ausüben kann und soll: das Gefühl der Sicherheit, Freiheit, Unabhängigkeit, die Liebe und Anhänglichkeit zur Scholle kann durch das einem Dritten zustehende Recht der Einmischung und des Einspruchs in empfindlichster Weise beeinträchtigt werden. Ein freier

Mann ein freies Gut, ein unfreies Gut eine dauernde Quelle der Verstimmung des Besitzers, ein Hemmniß der Landwirthschaft. Dem Besitzer zu verstatten, beliebig sein Gut zu verkaufen, hat für den Staat keinen Nachtheil; dasselbe wechselt die Person, aber es selber bleibt, wie es war. Aber ihm zu erlauben, den nöthig gewordenen Verkauf dadurch zu umgehen, daß er intellectuelle Werththeile desselben veräußert, sich durch Auflage von Zehnten, ewigen Renten, Lasten u. s. w. auf die Sache Geld verschafft, heißt es in seine Hand geben, das Eigenthum seiner wohlthätigen Wirkungen auf die Gesellschaft zu berauben, es zu entnerven und moralisch abzutödten. Dabei geht etwas von dem Eigenthum verloren, was keinem von beiden Theilen zu gute kommt,[355]) ganz so als wenn Jemand von einem Kunstwerk ein Stück abreißen und verkaufen wollte, um nicht genöthigt zu sein, das Ganze zu veräußern; was der Empfänger in Form des jus in re erhält, ist nicht das, was der Geber einbüßt, — der Zehnte einer früheren Zeit hat in Wirklichkeit vielleicht oft ein Drittel des möglichen Ertrages gekostet. Der wahre Preis, um den das beschränkende Recht des Dritten erkauft wird, ist ein verkümmertes, krüppelhaftes, moralisch und ökonomisch sieches Eigenthum.

Dies die Gefahren und Nachtheile, die mit dem System der Eigenthumsbelastung, wo es sich, wie dies bei uns in Deutschland der Fall war, in unbeschränkter Weise entwickeln kann, unzertrennlich verbunden sind. In dieser seiner ungehemmten Entwickelung wird es zu einem wahren Krebs des Eigenthums, der sich hinterher nur noch durch Gewaltmaßregeln exstirpiren läßt. Damit soll aber demselben seine Berechtigung innerhalb gewisser Schranken nicht abgesprochen werden. Die dabei in Betracht

355) Ein Gesichtspunkt, den Plinius epist. 7, 18 ganz richtig hervorhebt: me plus erogasse, quam donasse, cum pulcherrimi agri pretium necessitas vectigalis infregerit, d. h. ich habe mehr verloren, als der andere Theil gewonnen. Plinius hatte, um zu Gunsten der Gemeinde eine Rente auf sein Grundstück zu legen, letzteres der Gemeinde mancipirt und es von ihr in Form des ager vectigalis zurückerhalten.

kommenden Gesichtspunkte sind das Maß der Belastung auf der einen, das Interesse oder Bedürfniß des Verkehrs auf der andern Seite. Die Römer mit ihrem wunderbaren Instinct haben von altersher die feine Gränzlinie, die hier das Rechte vom Verkehrten scheidet, richtig erkannt. Die einzige Art der Belastung des Grundeigenthums, die das ältere Recht kennt, sind die Servituten;[356]) und bei ihnen war sie in Gränzen eingeschlossen, innerhalb deren sie dem Eigenthum nicht gefährlich werden konnte. Bei den Personalservituten lag die Schranke in der vorübergehenden Dauer: sie erlöschen mit dem Tode oder einer capitis deminutio des Berechtigten. Für die Prädialservituten war umgekehrt das Moment der Dauer ein wesentliches. Die Römer gehen nämlich von der Idee aus, das Verhältniß nachbarlicher Gefälligkeit und Aushülfe zwischen zwei Grundstücken verdient nur dann in Form der Servitut vermittelt zu werden, wenn sowohl das Interesse von Seiten des einen, als die Leistungsfähigkeit von Seiten des andern Grundstücks dauernder[357]) Art ist; für vorübergehende

356) Von dem Pfandrecht kann für die ältere Zeit nicht die Rede sein, da die fiducia eine Uebertragung, das alte pignus aber keine Belastung des Eigenthums enthält, und schwerlich beim Grundeigenthum vorgekommen sein wird. Höchstens ist die Subsignation der Grundstücke beim Aerar von Seiten der Staatsschuldner (Bachofen Pfandr. B. I. S. 217 fl.) zu nennen.

357) Hinsichtlich der Dauer findet eine Verschiedenheit derselben Statt, bestimmt durch die verschiedene Dauerhaftigkeit der praedia rustica und urbana. Bei beiden hat der Untergang der so zu sagen berechtigten Sache den Untergang der Servitut zur Folge, also z. B. das Abbrennen des Hauses, arg. l. 20 §. 2 de S. P. U. (8. 2). Wollte man einer für ein Haus bestimmten Servitut z. B. einer serv. altius non toll. eine von dem Untergang des Hauses unabhängige Existenz geben, so hieß das, sie statt an die superficies an das solum knüpfen (l. 3 de serv. [8. 1]); umgekehrt konnte man eine in der Regel an das solum gekettete Servitut an die superficies knüpfen (l. 13 pr. de S. P. R. [8. 3]), z. B. eine Weggerechtigkeit, wovon die Folge war, daß die Servitut mit dem Untergang des Quasi-Subjects, des Hauses, hinwegfiel. Wenn nicht gesagt war, wie die Partheien sich das Verhältniß gedacht hatten (z. B. ein Hausbesitzer läßt sich einen Weg über den benachbarten Hof bestellen: inhärirt die Servitut der superficies oder dem

Verhältnisse dieser Art, die sich regelmäßig in den Personen der beiden Paciscenten erschöpfen, ist die Obligation ebenso sehr die entsprechende Form, wie sie umgekehrt da, wo dieselben auf die Dauer berechnet sind und auf beiden Seiten auf die Nachfolger übergehen sollen, völlig ungeeignet sein würde. Vermöge dieses ihres dauernden oder sagen wir geradezu: ihres auf die Ewigkeit angelegten Charakters (causa perpetua) hätten die Prädialservituten, wenn ihnen inhaltlich nicht eine Schranke gesetzt worden wäre, den ganzen Inhalt des Eigenthums in sich aufnehmen und letzteres völlig paralysiren können,[357a]) die Sicherstellung des Eigenthums gegen diese Gefahr bedingte also nothwendigerweise eine Beschränkung der Prädialservituten in Bezug auf den Inhalt, und in richtiger Er-

---

solum?), so präsumirte man je nach Verschiedenheit des Inhalts bald das eine bald das andere, und mit Rücksicht hierauf hatte die Praxis eine Klassifikation der verschiedenen möglichen Servituten vorgenommen; wir besitzen sie in der bekannten Liste der Servitutes Praediorum urbanorum und rusticorum. Dies war meiner Ansicht nach der praktische Zweck jener Eintheilung. Ebenso präsumirte man, wenn aus der Zahl jener Servituten eine bestellt war ohne Angabe, ob sie dem Berechtigten schlechthin (als Personalservitut) oder nur in seiner Qualität als Eigenthümer des Grundstücks zustehen solle, für letzteres. Das Motiv, das ich hiermit der Eintheilung der Servituten unterschiebe, beruht auf einem praktischen Bedürfniß, das sich überall geltend machen wird. Eine nähere Ausführung wäre hier nicht am Platz, ich bitte aber jeden, der meine Ansicht einer Prüfung würdigen will, die in der ganzen römischen Servitutentheorie mit Nothwendigkeit liegende Consequenz, daß die S. P. U. mit dem praed. urbanum untergehen muß, nicht außer Acht zu lassen. Eine S. P. U. bestellen hieß bei den Römern eine Servitut auf die Dauer eines Gebäudes beschränken.

In das Bewußtsein unserer Praxis ist jene Consequenz, daß mit dem Gebäude auch die demselben zustehende Servitut untergehen muß, nicht übergegangen; bei uns werden im Zweifel alle Prädialservituten als S. P. R. behandelt und bloß in dem Fall, wenn die Partheien die Servitut nachweisbar nur für dies bestimmte Gebäude, solange es als solches existirt, bestimmt haben, kommt bei uns eine S. P. U. im römischen Sinne vor. Für eine solche würde unsere heutige Jurisprudenz, so wie sie jenen Unterschied der S. P. U. und R. aufzufassen pflegt, gar keine Bezeichnung haben.

357a) l. 56 de usufr. (7. 1) . . proprietas inutilis semper abscedente usufructu esset futura.

faſſung des eigenthümlichen Bedürfniſſes und Zwecks derſelben haben die römiſchen Juriſten die Regel aufgeſtellt: nur ſolche Prädialſervituten ſind zu Recht beſtändig, welche durch die ökonomiſche Beſtimmung des herrſchenden Grundſtücks (verſchieden, je nachdem daſſelbe ein praedium rusticum oder urbanum iſt) motivirt ſind (servitus fundo utilis esse debet), ſolche dagegen, welche lediglich dem Beſitzer einen Vortheil oder eine Annehmlichkeit zuwenden, welche mit dem Zweck des herrſchenden Grundſtücks nichts gemein hat, ſind ungültig. Jene gegenſeitige Aushülfe zwiſchen zwei Grundſtücken iſt aber nur am Platz, wenn beide Grundſtücke benachbarte ſind (praedia esse debent vicina). Dieſes letztere Requiſit leitet faſt mit Nothwendigkeit auf den Geſichtspunkt, der der römiſchen Theorie bei der ganzen Servitutenlehre vor Augen ſchwebte, es iſt der des pactirten Nachbarrechts. Die Prädialſervitut hat zum Zweck die individuelle Geſtaltung des Nachbarrechts, ſie ſetzt an die Stelle des Geſetzes die Autonomie der Privaten, ſteht daher zum geſetzlichen Nachbarrecht in demſelben Verhältniß, wie das Teſtament zur Inteſtaterbfolge. In dieſem Geſichtspunkt ſteckt die ganze Theorie der Prädialſervituten, nach Wirkungen wie Vorausſetzungen imitiren dieſelben nur das geſetzliche Nachbarrecht: die Klage, ganz ſo gefaßt und geartet, wie die mit der letzteres geltend gemacht wird (act. confessoria und negatoria = in rem actio); die Erforderniſſe der Vicinität (das Nachbarrecht ſetzt Nachbarn voraus), der Perpetuität (das Geſetz gilt für immer, ebenſo auch, was deſſen Stelle vertreten ſoll), der Utilität (das geſetzliche Nachbarrecht regelt nur das Verhältniß der Grundſtücke).[357b])

357b) Daß man von dieſen Erforderniſſen, wenigſtens vom erſten und dritten, bei der Beſtellung der Prädialſervitut durch deductio abſah, beſtätigt nur den im Text aufgeſtellten Geſichtspunkt, denn in dieſem Fall wird nicht zwiſchen Nachbarn pactirt, ſondern der Eigenthümer legt vermöge ſeines Eigenthums einſeitig der Sache Beſchränkungen auf, mit denen ſie in fremde Hände übergeht, es iſt der Fall einer lex rei suae dicta; ſ. über dieſen Fall meine Ausführungen in meinen Jahrbüchern X. S. 549—554.

Welcher Servituteninhalt nach diesem Gesichtspunkt möglich war, stellte die Praxis fest; es läßt sich kaum bezweifeln, daß in dieser Beziehung eine allmählige Entwickelung Statt gefunden hat, daß man die Servitut ursprünglich mehr auf die Fälle eines eigentlichen Bedürfnisses einschränkte (Weggerechtigkeiten und Wasserservituten), später aber den Maßstab des Bedürfnisses mit immer größerer Freiheit handhabte.[359])

Die Servitut war Jahrhunderte hindurch in Rom das einzige Verhältniß, mittelst dessen der Eigenthümer die Freiheit des *Eigenthums* beschränken konnte, und ganz treffend redete die Sprache hier von einem Zustand der *Unfreiheit der Sache* selbst (servit praedium, servitus), wie bei Aufhebung desselben von einer Wiederherstellung der *Freiheit* (usucapio libertatis; praedium liberum). Die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers war hier in so enge Gränzen eingeschlossen, daß dem Eigenthum eine erhebliche Gefahr nicht drohte. Im übrigen aber hatte der Eigenthümer über die Freiheit des Eigenthums keine Macht; sich selbst konnte er binden und ruiniren, das Eigenthum und den zukünftigen Eigenthümer nicht. Die Verschiedenheit, die in dieser Beziehung zwischen dem römischen und dem modernen Recht besteht, ist namentlich für das Erbrecht interessant. Die Gegensätze zwischen Freiheit und Gebundenheit haben sich hier in eigenthümlicher Weise verschoben. Nach römischem Recht beschränkt sich die testamentarische Dispositionsbefugniß lediglich auf das *relative* Verhältniß des Eigenthümers zum Eigenthum; *sein* Recht kann er vermachen, wem er Lust hat, in dieser Beziehung ist er völlig unbeschränkt. Dagegen den *absoluten* Gehalt des Eigenthums kann er abgesehn von der Anordnung von Servituten nicht verkürzen, der Erbe bekommt das Eigenthum in der ganzen Freiheit, die der Eigenthumsbegriff in

359) *E. Zachariä v. Lingenthal*, über die Unterscheidung zwischen servit. rust. und urb., *R. Elvers* die Servitutenlehre Bd. 1 S. 1—16 und das vorliegende Werk III. 321.

ſich ſchließt.[359a]) Bei den modernen Völkern gerade umgekehrt; in jener Richtung Beſchränkungen der Dispoſitionsbefugniß, in dieſer eine Erweiterung derſelben bis zu dem Grade, daß der Wille des Teſtators das Eigenthum für alle Zeiten ſo zu ſagen lahm legen kann (Familienfideicommiſſe u. ſ. w.). Ich will die Triftigkeit des Motivs dieſer Verſchiedenheit nicht verkennen, nämlich die Rückſicht auf die Familie, am wenigſten hinſichtlich des erſten Punktes. Was aber den zweiten betrifft, ſo muß man, um ein richtiges Urtheil über denſelben zu gewinnen, ſich nur vergegenwärtigen, wohin es führen würde, wenn nicht bloß ein einzelner Stand, ſondern alle Klaſſen des Volks in größerem Maßſtabe von jener Befugniß Gebrauch machen würden. Das ganze Eigenthum im Staat könnte auf dieſe Weiſe einer rechtlichen Erſtarrung anheimfallen, die Freiheit des Verkehrs für ewige Zeiten gelähmt, der Fortſchritt namenlos erſchwert, ja vielfach völlig unmöglich gemacht werden. Entſpricht das — vom nationalökonomiſchen Geſichtspunkt ganz zu ſchweigen — der Idee des Rechts? Hat die Gegenwart das Recht, der Zukunft für alle Ewigkeit unlösbare Feſſeln anzulegen, ſie und ihre Freiheit unter eine cura prodigi zu ſtellen?[359c]) Man möge eine ſolche Inſtitution aus politiſchen Gründen als Privilegium eines einzelnen Standes rechtfertigen — darauf will ich mich hier nicht einlaſſen; aber man möge aufhören, uns dieſelben vom rechtlichen Standpunkt aus zu rühmen und dem römiſchen Recht einen Vorwurf daraus zu machen, daß es dieſelbe nicht geduldet hat. Gerade hier hat das römiſche Recht in meiſterhafter Weiſe das der Idee des Rechts Entſprechende getroffen.

Faſſen wir die Summe der bisherigen Ausführungen in einen

359a) Der Teſtator kann ihm daher die Befugniß nicht entziehen, die Sache zu verkaufen (l. 114 §. 14 de leg. I. 30: talem legem testamento non possunt dicere), den Sklaven frei zu laſſen (l. 61 §. 2 de man. test. [40. 4]), die Eigenthumsgemeinſchaft aufzuheben.

359c) Zuſtimmende Aeußerungen ſ. in der Münchener Krit. Ueberſchau VI. S. 383, 384 (1859).

Satz zuſammen, ſo hat ſich uns als der Geſichtspunkt, unter dem die Römer den Freiheitsbegriff erfaßt, und nach dem ſie ihn bei den einzelnen Inſtituten geſtaltet haben, der Gedanke ergeben:

daß die Freiheit als Bedingung ſittlicher Entwicklung etwas über dem Menſchen Erhabenes iſt, ein Gut, das er rechtlich weder ſich ſelbſt, noch ſeinen Nachkommen verkümmern ſoll.

4. Die Wohlfahrtsfrage und der Staat.

Theilnahme des Staats an dem Wohl des Individuums — die ſ. g. ſociale Frage — Quellen des Pauperismus (der Sklave der böſe Feind der römiſchen Geſellſchaft) — die Stellung der höhern Stände (ſociale Verpflichtung derſelben) — Maßregeln von Seiten des Staats.

XXXIV. Nachdem wir jetzt das Syſtem der ſubjectiven Freiheit nach ſeinem Inhalt und Umfang haben kennen lernen, bleibt uns noch eine Frage übrig, die für die richtige Beurtheilung deſſelben von entſcheidender Bedeutung iſt, und die wir kurz dahin ausdrücken können: beruhte dies Syſtem auf einem rein negativen oder auf einem poſitiven Verhalten des Staats zum Individuum? Mit andern Worten: ging der römiſche Staat von der Vorſtellung aus, daß die ſubjective Rechtsſphäre, ſoweit nicht ſein eigenes unmittelbares Intereſſe in's Spiel komme, für ihn etwas Gleichgültiges ſei, daß er wenigſtens nicht das Recht oder den Beruf habe im Intereſſe der privaten Wohlfahrt beſchränkend in dieſelbe einzugreifen? Oder aber: unterließ er letzteres, weil er poſitiv dieſe Freiheit wollte, weil ſie ihm unentbehrlich erſchien? In erſterem Fall würde ſich der Indifferentismus des Staats gegen das individuelle Wohl als der Umſtand bezeichnen laſſen, dem unſer Syſtem ſein eigentliches Gedeihen zu verdanken gehabt hätte, und es bedarf nicht der Bemerkung, daß daſſelbe unter dieſer Vorausſetzung eine ſehr rohe Auffaſſung vom Beruf des Staats bekunden, der culturhiſtoriſche Höhepunkt

deſſelben mithin kein ſonderlich hoher ſein würde. Ich halte dieſe Auffaſſung für entſchieden verkehrt und hoffe ſie im folgenden vollſtändig widerlegen zu können. Sie iſt zwar meines Wiſſens nach von Niemandem geradezu bewußt aufgeſtellt und vertheidigt, — man würde ſich dann wohl von ihrer Unhaltbarkeit überzeugt haben — aber Anklänge an dieſelbe ſind mir doch nicht ſelten begegnet, und ganz abgeſehen davon iſt die Frage für unſere ganze Unterſuchung viel zu wichtig, als daß wir ihr aus dem Wege gehen dürften.

Schon unſere bisherige Darſtellung ſetzt uns in Stand, uns von der Irrigkeit jener Auffaſſungsweiſe zu überzeugen. Der Geſichtspunkt nämlich, den wir im vorigen Paragraphen gefunden haben, documentirt eine poſitive Pflege der Freiheit von Seiten des Rechts, lehrt uns, daß die ſubjective Freiheit nicht als etwas lediglich dem ſubjectiven Belieben Anheimfallendes angeſehen, ſondern in ihrer Gegenſätzlichkeit zur ſubjectiven Laune und Willkür richtig erkannt und geſchätzt ward, mit anderen Worten, daß ſie einen objectiven Gedanken des Rechts bildete.

Es ſoll jetzt noch auf anderem Wege die Irrigkeit jener Auffaſſung nachgewieſen werden, dadurch nämlich, daß wir die Frage aufwerfen, ob denn der römiſche Staat das Subject ganz ſeinem Schickſal überlaſſen, ſich um das Wohl und Wehe deſſelben, um die Privatintereſſen und das Leben und Treiben innerhalb der privaten Rechtswelt gar nicht gekümmert habe. Gelingt es uns, das Gegentheil nachzuweiſen, ſo wird damit jeder Zweifel über das wahre Verhältniß des Staats zum Syſtem der Freiheit beſeitigt ſein.

Daß das Verhältniß des Bürgers zum Staat in Rom ein viel innigeres war als heutzutage, iſt bekannt. Das römiſche Rechtsgefühl wußte allerdings das Recht des Einzelnen von dem des Staats ſehr genau zu trennen, und wenn wirklich die naturrechtliche Doctrin, wie neuerdings behauptet iſt, den Gedanken einer ſolchen Scheidung erſt dem römiſchen Recht hätte entnehmen müſſen, ſo würde uns nicht der Vorwurf treffen, daß wir dies

überhaupt gethan, ſondern der, daß wir die einfache Wahrheit, daß die Perſönlichkeit ihr Recht mit auf die Welt bringt, ein Recht von Gottes Gnaden, das jeder Staat reſpectiren ſoll, nicht ſelber gefunden haben. Mit dieſer Abgränzung der Rechtsſphären des Staats und des Einzelnen vertrug ſich aber in Rom das innigſte Verhältniß beider ſehr wohl, ſo wie ja auch die rechtliche Verſchiedenheit zweier Perſonen ihrer völligen Einigung in der Liebe nicht im Wege ſteht. Die Liebe verlangt keineswegs, daß die rechtliche Scheidelinie hinwegfalle, für *ſie* exiſtirt die Schranke nicht, ſie überſpringt dieſelbe. So poſtulirte das römiſche *Rechtsgefühl* jene Demarcationslinie zwiſchen dem Recht des Subjects und dem des Staats, aber nicht, damit ſich eine egoiſtiſche, engherzige Geſinnung in Sicherheit hinter dieſelbe zurückziehe, ſondern damit die *freie* Hingabe und Aufopferung ihren Werth und ihre Ehre habe. Wie kalt, wie fremd, wie liebeleer iſt im allgemeinen das heutige Verhältniß des Bürgers zum Staat; wie warm, wie innig, wie von wirklicher Liebe beſeelt in Rom! Der heutigen Vorſtellung erſcheint der Staat als abſtracte dem Einzelnen *gegenüber* ſtehende Perſönlichkeit, der römiſchen als die höhere, den Einzelnen *umfaſſende* und durch ihn mitgebildete Einheit. Die Intereſſen des Staats ſind daher nicht bloß mittelbar, ſondern unmittelbar ſeine eigenen, ſo wie es die der Societät für den Geſellſchafter ſind; Hingabe an den Staat iſt folglich nicht Hingabe an etwas Fremdes, ſondern Unterordnung der rein particulären Zwecke unter die gemeinſamen, des ſpecielleren Intereſſes unter das allgemeine.

Bei dieſem Verhältniß zwiſchen dem Staat und ſeinen Bürgern, bei dieſer innigen Verſchlingung ihrer beiderſeitigen Intereſſen verſtand ſich die Fürſorge des Staats für das Wohl des Bürgers eigentlich ganz von ſelbſt. Die Energie, mit der er die Rechte ſeiner Bürger nach außen hin vertrat, iſt bekannt; wir werden daher nur die Vorſorge des Staats in ihrer Richtung nach innen hin einer nähern Betrachtung zu unterwerfen haben, namentlich in Anwendung auf das ökonomiſche Loos der ärmern Klaſſen.

Von altersher gab es in den römischen Zuständen Einen höchst bedenklichen Punkt, vielleicht läßt er sich geradezu als der Todeskeim bezeichnen, an dem die römische Gesellschaft zu Grunde gegangen ist. Es war dies die schadhafte Gestaltung des Systems der Gütervertheilung und Vermögenscirculation. Die Ungleichheit in der Vertheilung der Güter ist das unausbleibliche Resultat des freien Verkehrs, und überall wiederholt sich das Uebergewicht des großen Vermögens über das kleine, die Erscheinung, daß die Güter am liebsten dahin strömen, wo sie sich bereits in größeren Massen angesammelt haben. In Rom war aber dieser Andrang durch eigenthümliche Verhältnisse in ungewöhnlicher Weise gesteigert und umgekehrt das Rückströmen des Vermögens in die entblößten Theile äußerst erschwert. Nirgends ward der Reiche so leicht Millionär, der Unbemittelte so leicht Bettler als hier; nirgends war die Gränzlinie zwischen beiden Extremen so schmal und so schwer zu behaupten; ein Schritt nach der einen oder andern Seite, und lawinenartig wuchs die Noth oder der Ueberfluß.

Der Grund dieser Erscheinung lag zunächst in der ungleichen Vertheilung des Druckes, den die Kriege auf die ökonomische Lage der wohlhabenden und ärmeren Klasse ausübten. Die Kriege riefen allerdings den Reichen nicht minder als den Armen von seinen Feldern, aber mit dem höchst einflußreichen Unterschied, daß die des Armen inzwischen unbebaut liegen blieben, die des Reichen aber von Sklaven bebaut wurden.[363] In ältester Zeit freilich, als die Kriege noch den Charakter von Raubzügen an sich trugen, mochte die Feldarbeit kaum darunter leiden; sie wurden

363) Liv. 6, 12.... servitia romana (ea loca) ab solitudine vindicant. Hierauf legt auch Appian. de bello civili 1, 7 allen Nachdruck, nur hat er, was die Folgen dieses Unterschiedes anbelangt, schwerlich den eigentlich entscheidenden Punkt getroffen, sondern sich an ein weniger wesentliches Moment gehalten. Er motivirt nämlich den Reichthum der großen Grundbesitzer dadurch, daß ihre familia rustica sich wegen ihrer Befreiung vom Kriegsdienst in's Unermeßliche habe vermehren können, während die freie Bauernbevölkerung durch die Kriege decimirt worden sei.

in der Regel in Zeiten verlegt, wo es auf dem Felde nichts zu thun gab. In demselben Maße aber, als die Kriege an Bedeutung gewannen, der Kriegsschauplatz ein entfernterer, die Dauer des Feldzuges eine längere ward, in demselben Maße mußte auch die Landwirthschaft die nachtheiligen Folgen desselben verspüren. Aber, und dies ist der entscheidende Punkt: nicht schlechthin — das hätte zwar den Wohlstand des gesammten Volks beeinträchtigen, nicht aber das Verhältniß des Besitzstandes der einzelnen Klassen so völlig verschieben können. Entscheidend war hier vielmehr der Unterschied in der Bewirthschaftung des Landes, ob der Besitzer seine Felder selbst bestellte oder sie durch Sklaven bewirthschaften ließ. Der letztern Methode der Bewirthschaftung war der Krieg ungefährlich, da er ihr keine Arbeitskräfte entzog, für die erstere hingegen bedeutete jeder Krieg von längerer Dauer eine Störung, wohl gar einen völligen Stillstand der Cultur.

Diese eine Differenz war äußerst folgenreich. Es ist bekannt, daß jeder Ausfall in der Aerndte ein Steigen der Preise zur Folge hat. Die Entwickelung des heutigen Handels, die Sicherheit, Raschheit, Leichtigkeit unseres Transportsystems bewirken, daß diese Steigerung sich heutzutage über einen weiten Raum vertheilt und dadurch für die von dem Ausfall unmittelbar betroffenen Gegenden verhältnißmäßig sich auf ein Minimum reducirt. Ganz anders im Alterthum. Der Kornhandel ward allerdings auch damals schon mit einer gewissen Großartigkeit betrieben, aber er hatte doch weder die Universalität hinsichtlich seiner Ausdehnung, noch auch die innere Organisation gewonnen, um eine solche wohlthätige Wirkung in größerm Maßstabe ausüben zu können. Der Kornwucher, der heutzutage durch die moderne Gestalt des Kornhandels in die engsten Gränzen eingeschlossen ist, konnte sich aus dem Grunde im Alterthum bis zu furchtbarer Höhe steigern.[364]) Dazu kam ganz abgesehen von der Unvollkommenheit des Trans-

364) S. darüber z. B. Böckh Staatshaushaltung der Athener. Bd. 1 Buch 1, §. 15.

portſyſtems die durch Piraten und völkerrechtliche Verhältniſſe bewirkte Unſicherheit des Handels. Daher der locale Charakter der Theuerungen und das enorme und faſt unglaubliche Schwanken der Getreidepreiſe.[365])

Machen wir davon nun die Anwendung auf unſere vorliegende Frage, ſo können wir uns ſelbſt ſagen, wie der durch die Kriege veranlaßte Ausfall in der Aerndte wirken mußte. Die Preiſe gingen ſofort in unverhältnißmäßiger Weiſe in die Höhe, die Reicheren, die allein im Stande geweſen wären, im größeren Maßſtabe Kornzufuhren zu bewerkſtelligen und dadurch die Preiſe hinunterzudrücken, hatten ein Intereſſe daran, daß dies nicht geſchah,[366]) denn gerade ſie allein befanden ſich in der Lage verkaufen

365) Hinſichtlich Griechenlands iſt dies von Böckh a. a. O. nachgewieſen. In Athen, wo der Medimnus unter Solon 1 Drachme gekoſtet hatte, ſtieg er einmal auf 16. Für Rom hat C. F. L. Schultz Grundlegung zu einer geſch. Staatswiſſenſchaft der Römer S. 502 u. fl. das Gegentheil behauptet, allein für die ältere Zeit gewiß mit Unrecht. Allerdings trat ſpäterhin in demſelben Maße, als Rom ſeine Herrſchaft erweiterte, und als damit der Kornhandel an äußerer Sicherheit und geographiſcher Ausdehnung gewann, eine äußere Gleichmäßigkeit der Kornpreiſe ein, allein ſelbſt auch noch für dieſe Zeit weiß die Geſchichte von auffallenden Schwankungen der Preiſe zu berichten. Im Jahre 544 koſtete nach Polyb. Reliq. 9, 44 der Medimnus (6 Modii) ſiciliſchen Getreides in Rom 15 Denare, der Modius alſo, da der Denar damals 16 Aß galt, 40 Aß. Sechs Jahre ſpäter war der römiſche Markt dermaßen überfüllt (Liv. 30, 38), daß den Schiffern die Ladung für die Fracht überlaſſen ward. Der Satz, für den Sicilien den Römern das Korn zu liefern hatte, war 3 und 4 Seſterzen für den Modius. Bei den öffentlichen Getreideſpenden ward der Modius für 1 Aß und darunter abgegeben (ſ. u.). Von dem Aedilen C. Sejus, der bei einer Theuerung dieſen Preis innegehalten, berichtet Cicero de off. II. 17, daß er keinen ſo ſehr großen Schaden dabei gehabt habe. Im Jahre 314 war einmal durch beſondere Umſtände (Liv. IV. 12—16) der Marktpreis an drei aufeinander folgenden Markttagen auf 1 Aß herabgedrückt (Plin. Hist. Nat. 18, 4), und ein ähnliches Fallen kam ſpäterhin noch einige Male vor. S. Niebuhr röm. Geſch. B. 1. Aufl. 4 S. 483. Die äußerſten Schwankungen der Getreidepreiſe, die man von 1816 bis 1860 in Preußen beobachtet hat, betragen 1 zu 4, und dies auch nur bei einer einzelnen Fruchtſorte.

366) Plin. Hist. nat. 18, 4 deutet auf ihren nachtheiligen Einfluß in dieſer Beziehung hin (latifundia) singulorum arcentium vicinos. Kein

zu können, und beuteten in jeder Weise die Conjunctur aus — finanziell und politisch.[367]) Daher ihr Haß gegen den Sp. Mälius, der ihnen in einem solchen Fall ihre Speculationen vereitelt hatte. Die gegen ihn erhobene Anschuldigung, daß er nach dem Königthum strebe, war mehr ein Vorwand zur Rache, als der wahre Grund derselben.[368])

Die Lage der Aermeren war unter solchen Umständen ganz unhaltbar.[369]) Bei unsern heutigen Verhältnissen kann ein gutes Jahr allen Schaden des vorhergehenden schlechten Jahres für den Landwirth wieder ausgleichen. In Rom war dies nicht möglich. Denn in einem Jahr des Ueberflusses, wo auch der Aermere volle Scheunen hatte und an's Verkaufen denken konnte, standen die Preise sehr niedrig, vielleicht um das Vier- und Mehrfache niedriger, als zu denen er selbst kurz zuvor gezwungen gewesen war zu kaufen. Um das Kaufgeld aufzutreiben, hatte er zu enormen Zinsen Geld aufnehmen müssen. Die nächste Aerndte sollte Kapital und Zinsen und Kriegssteuer decken; kam ein

---

Wunder, daß ein Zustand eintrat, der fast der Absperrung gleich kam. Liv. 2, 34 caritas annonae ex incultis per secessionem agris, fames deinde, qualis clausis foret.

367) Liv. 4, 12 . . regno prope per largitionis dulcedinem in cervices accepto. Darauf ging auch die Absicht des Coriolan. Liv. 2, 34: si annonam veterem volunt, jus pristinum reddant Patribus. Um die zeitweise Nachgiebigkeit und politische Apathie der Plebs zu begreifen, darf man den Einfluß dieses Zwangsmittels nicht außer Acht lassen.

368) Liv. 4, 12—16. Aehnlich verhielt es sich wohl in andern Fällen z. B. bei Sp. Cassius, M. Manlius. Das eigentliche Motiv des Hasses lag nicht in den politischen Tendenzen des Gegners, sondern in den socialen Bestrebungen desselben, in den materiellen Nachtheilen, die man von seinen Neuerungen befürchtete. Man schob dann den Staat als den bedrohten Theil vor, während man nur die materiellen Interessen im Auge hatte.

369) Ein Seitenstück zu dem im Text geschilderten Verhältniß findet sich auch heutzutage, nämlich im Weinbau, nur mit dem Unterschiede, daß die Ursachen, die hier dem großen Producenten ein so bedeutendes Uebergewicht über den kleinen geben, nicht in äußeren Verhältnissen, sondern in der Natur des Weinbaues und Weinhandels ihren Grund haben. Riehl, die bürgerliche Gesellschaft. Stuttg. 1851. S. 60 ff.

Kriegs- oder Nothjahr, so brachte dasselbe statt Hülfe doppelte und dreifache Lasten.[369a]) Man hat den Grund der steten Verschuldung der Plebs in dem hohen Zinsfuß finden wollen. Letzterer war aber nur eine Wirkung des Uebels, nicht das Uebel selbst; ohne die angedeuteten Verhältnisse würde der kleine Grundbesitz dem großen Grundbesitz und Kapital nicht tributär geworden, der Zinsfuß selbst folgeweise kein so hoher gewesen sein.

Jenes unnatürliche Uebergewicht, das dem bisherigen nach der reiche Grundherr über den kleinen Mann ausübte, ward noch dadurch erhöht, daß ersterer in der Lage war, letzteren von der Concurrenz an den Vortheilen des ager publicus fast gänzlich auszuschließen. Aber ganz abgesehn hiervon war jenes Uebergewicht schon bedeutend genug, um die bekannte Thatsache zu erklären, daß der kleine Grundbesitz sich neben dem großen nicht recht zu halten vermochte und zum großen Theil von ihm absorbirt wurde.[370]) Das Mittel, das die lex Licinia (S. 152) dagegen ergriff, reichte nicht aus und, wie einmal die Verhältnisse lagen, gab es keins dagegen. Denn das einzige, was hätte helfen können, das Verbot der Bewirthschaftung durch Sklaven, war natürlich undenkbar; es hätte die Sklaverei selbst aufgehoben werden müssen! Die Bestimmung des Gesetzes, welche die Verwendung einer gewissen Anzahl freier Leute neben dem unfreien Gesinde vorschrieb, mochte den Nutzen haben, daß sie wenigstens einem Theile des ländlichen Proletariats ein angemessenes Unterkommen sicherte und die Bewirthschaftung der großen Güter um etwas vertheuerte, das Uebergewicht in der Concurrenz mit dem kleinen Grundbesitz

369a) S. z. B. Liv. 6, 32. Parvo intervallo ad respirandum debitoribus dato, postquam quietae res ab hostibus erant, celebrari de integro jurisdictio et tantum abesse spes veteris levandi foenoris, ut tributo novum foenus contraheretur.

370) Plinius H. N. 18, 7. Appian. 1, 7. Bei Cicero de off. 2, 21 die Aeußerung des Tribunen: non esse in civitate duo milia hominum, qui rem haberent. Liv. 7, 22... solutio aeris alieni multarum rerum mutaverunt dominos.

also um ein geringes verminderte. Aber, wie schon gesagt, eine Abhülfe des Uebels selbst gewährte sie nicht, denn die Sklavenwirthschaft behielt immer zwei Vortheile, die sich durch nichts wieder ausgleichen ließen, einmal die größere Billigkeit der Arbeit und folglich der Production, sodann der oben hervorgehobene Umstand, auf den ich ein noch höheres Gewicht legen möchte, daß nämlich ein Krieg die Wirthschaft der kleinen Bauern störte, die des großen Grundbesitzers aber nicht erheblich beeinträchtigte.[371] Daß die lex Licinia ein Maximum des Grundbesitzes (500 Jugera) und des Viehstandes (100 Stück Großvieh, 500 Kleinvieh) festsetzte, war für die eigentliche Cardinalfrage ebenfalls gleichgültig. Ein Gut von jenem Umfange war ein großes in unserm Sinn,[372] an einer Ausdehnung desselben über diese Gränze hinaus lag nicht viel. Die Maßregel konnte schließlich nur dem großen Grundbesitz zu gute kommen, denn wenn auch alles überschüssige Land damals in kleinen Parcellen an ärmere Leute verkauft worden wäre, so mußte dasselbe nach dem oben entwickelten Gesetz zum größten Theil sich bald wieder zu größeren Complexen von 500 Jugera zusammenfügen. Das einzige also, was die lex Licinia durch diese Bestimmung wirklich erreichte, war der Erfolg, daß sie die Zahl der *großen* Grundbesitzer vermehrte, im Interesse der *wohlhabenden* Klasse die Millionäre verhinderte, ihr Vermögen in Grundbesitz anzulegen. Uebrigens stieß das Gesetz schon von Anfang an auf so heftigen Widerspruch, daß es nicht einmal seine beschränkten Intentionen erreichte.[373]

Den Gefahren, die aus der Verdrängung oder der beträcht-

---

371) Im Mittelalter war das Verhältniß das gerade entgegengesetzte. Der große Grundbesitzer, den vorzugsweise die Last der Kriegsführung traf, wäre durch den kleinen total ruinirt worden, wenn er nicht durch andere Mittel das Gleichgewicht wieder hergestellt hätte.

372) d. h. auf Sklavenwirthschaft angewiesen. Das normale Maß des kleinen Grundbesitzes war bekanntlich 7 Jugera, in den ältesten Zeiten sogar nur 2.

373) Appian. 1, 8.

lichen Verminderung des freien Bauernſtandes erwachſen mußten, hätte man begegnen können, wenn man denſelben als Pächterſtand wieder an den Grund und Boden gefeſſelt hätte. Allein das Syſtem der Verpachtung der Güter in kleinen Parcellen,[374]) wie es z. B. in England beſteht, war den römiſchen Verhältniſſen weniger entſprechend. Dieſelben Mißſtände, welche die Lage des kleinen Eigenthümers erſchwerten, äußerten dieſelben Wirkungen auch für den kleinen Pächter. Mit dem großen Grundbeſitzer konnte nur der große Pächter concurriren. So dürfen wir annehmen, daß das Syſtem der eigenen Bewirthſchaftung das bei weitem vorherrſchende blieb,[375]) wenigſtens ſo lange, als in den geſchilderten Verhältniſſen nicht eine weſentliche Veränderung eintrat, wie ſie in der Kaiſerzeit Statt fand und zur Bildung des Colonats führte.

Zu dem ſocialen Schaden, den wir bisher behandelt haben, geſellte ſich noch ein anderer nicht minder folgenreicher, der gleichfalls mit eigenthümlich römiſchen Verhältniſſen eng zuſammenhing. Für den Unbemittelten gab es in Rom Jahrhunderte lang nur Ein anſtändiges Erwerbsmittel, den Krieg. Der Römer faßte den Krieg als Erwerbsquelle auf, und es begreift ſich von dieſem Geſichtspunkte aus, daß man in dem Kriegsdienſt nicht eine Laſt, ſondern einen Vortheil erblickte. Das Heer nahm die Vertheilung der Beute als Recht in Anſpruch, und die Ueberweiſung derſelben an den Schatz erſchien demſelben als ein Raub an ſeinen Rechten.[376]) Hinſichtlich dieſer Erwerbsquelle beſtand

374) Ueber die verſchiedenen Pachtſyſteme, die zur Zeit der Republik vorkamen, ſ. K. W. Nitzſch die Gracchen und ihre nächſten Vorgänger. Berl. 1847. S. 188—190.

375) Die Römer waren der Verpachtung gar nicht geneigt. So z. B. Columella 1, 7, der ſie nur ausnahmsweiſe und unter beſondern Vorausſetzungen zulaſſen will.

376) Liv. 2, 42.. malignitate patrum, qui militem praeda fraudavere. Wie ergiebig die Quelle mitunter war, geht aus Liv. 42, 32: quia locupletes videbant u. ſ. w. und 10, 25: mihi cordi est ut omnes locupletes reducam hervor.

eine ſcheinbare Gleichheit aller Stände, aber in Wirklichkeit waren doch die Reichen im Vortheil, dadurch daß ſie nämlich die Nutzung des eroberten und in ager publicus verwandelten Landes vorzugsweiſe in ihre Hände zu bringen wußten. Die übrigen durch die römiſche Sitte als anſtändig bezeichneten Erwerbszweige ſetzten ſämmtlich Vermögen voraus, und zwar, um mit Erfolg betrieben zu werden, ein bedeutendes. Hinſichtlich der Landwirthſchaft iſt dies ſo eben gezeigt worden, dieſelbe Erſcheinung aber wiederholt ſich überall, wo das Kapital arbeitet. Dem kleinen Kapital war der Zutritt zu den meiſten Geſchäften, zum eigentlichen Geldmarkt ſo gut wie verſchloſſen; es ſah ſich beſchränkt auf den Kleinhandel und das Zinsgeſchäft. Die Uebermacht, die das große Kapital an und für ſich ſchon hat, war in Rom durch ein eigenthümliches Moment noch außerordentlich verſtärkt, nämlich durch die ſociale Geſtaltung der Geldariſtokratie zu einem eigenen Stande, dem der Ritter. Die Baſis und das Motiv dieſes Standes beſtand im Kapitalreichthum als ſolchem in Gegenſatz zu dem Grundbeſitz. Rührigkeit, Betriebſamkeit, Unternehmungsgeiſt ſind die Eigenſchaften, die ihn auszeichnen, er iſt das einzige Element der römiſchen Geſellſchaft, das ſich, ſowohl was ſeine äußere Stellung zwiſchen der Ariſtokratie und dem Proletariat als ſeine Sinnesweiſe und ſeinen Lebensberuf anbetrifft, mit dem heutigen Bürgerſtande vergleichen ließe. Darin, daß die Geldmacht ſich hier zu einem eigenen compacten, von corporativem Geiſt beſeelten Stande abgeſchloſſen hatte, zu einem Stande, der in der Staatsverfaſſung ſelbſt ſeine beſtimmte Stellung angewieſen erhalten hatte und durch ſein feſtes Zuſammenhalten und ſeine ausgedehnten Verbindungen eine unwiderſtehliche Macht ausübte — darin liegt ſchon ausgeſprochen, daß an eine Concurrenz mit ihm nicht zu denken, er vielmehr überall, wohin er ſeine Speculationen ausdehnen wollte, des abſoluten Monopols ſicher war. Der Großhandel, die Pachtung der öffentlichen Abgaben, Uebernahme ausverdungener öffentlicher Lieferungen und Arbeiten, Geldgeſchäfte im größeren Maßſtabe z. B. mit Staaten und

Communen u. ſ. w. bildeten bekanntlich die Hauptgegenſtände ſeiner Thätigkeit.

Was für Erwerbsquellen blieben nun außer den bisher genannten noch übrig? Dieſe Frage bringt uns auf den eben erwähnten zweiten Grundſchaden der römiſchen Zuſtände. Heutzutage ringt das Talent und die Arbeit in tauſend Formen mit dem Kapital. Die Kunſt, die Wiſſenſchaft, die Kirche, der Staatsdienſt, der Kriegsdienſt, das Handwerk, der Handel, die Fabrikation nehmen Tauſende in Anſpruch und gewähren Tauſenden ihre Subſiſtenz. In Rom beſtand aber hinſichtlich aller dieſer Berufsarten und Erwerbszweige das eigenthümliche Verhältniß, daß ſie, wenn ſie nach Brote gingen, verachtet waren und, wenn ſie geehrt waren, nicht nach Brote gingen. Zur erſten Klaſſe gehörten der Staatsdienſt, die Kunſt und Wiſſenſchaft; der Kriegsdienſt war in alter Zeit kein eigener Lebensberuf, ſondern allgemeine Bürgerpflicht. Auf die eigentliche Handarbeit aber und ſelbſt auf den Kleinhandel hatte das ſociale Vorurtheil oder die Empfindlichkeit des republikaniſchen Stolzes einen Makel geworfen.[378]) Hier war die zweite Stelle, wo ſich das Inſtitut

---

378) Cicero de off. 1, 42. Illiberales et sordidi quaestus mercenariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur: est enim in illis ipsa merces auctoramentum servitutis. Sordidi etiam putandi, qui mercantur a mercatoribus, quod statim vendant, nihil enim proficiunt, nisi admodum mentiantur ... opificesque omnes in sordida arte versantur, nec enim quidquam ingenuum habere potest officina .... mercatura autem ... sin magna et copiosa, multaque undique apportans multisque sine vanitate impertiens non est admodum vituperanda. Dionys. 9, 25. Liv. 22, 25 ... loco non humili, sed etiam sordido natus. Patrem lanium fuisse ferunt, ipsum institorem mercis filioque hoc ipso in servilia ejus artis ministeria usum. Aur. Vict. de viris illustr. c. 72 .. nam pater ejus, quamvis patricius, ob paupertatem carbonarium negotium exercuit. Ipse primo dubitavit, honores peteret an (alſo als unvereinbare Gegenſätze gedacht) argentariam faceret. Zu den Geſchäften, quae in odia hominum incurrunt et improbantur, zählt Cic. de off. 1 c. 42 auch die der foeneratores, und ibid. 2 c. 25 läßt er Cato auf

der Sklaverei an den Römern in einer nicht minder empfindlichen Weise rächte als beim Grundbesitz. Wenn man die Sklaverei die Folie der römischen Freiheit genannt hat, wenn man das Sklaventhum als einen Abzugskanal bezeichnen könnte, in den die römische Freiheit alles Unsaubere, Unwürdige, alles, was das Gefühl der Ehre und Würde eines römischen Bürgers hätte beeinträchtigen können, entließ, so liegt darin zugleich, daß alle niedere Arbeit, die ausschließlich oder vorzugsweise den Sklaven zugewiesen war, der Ehre verlustig ging, daß die Fertigkeit und Kunst eben dadurch, daß sie von Sklaven geübt ward, den Charakter einer ars illiberalis annahm d. h. eines Freien unwürdig erschien. Mit dem Sklaven hierin zu rivalisiren, sich über die herrschenden Vorurtheile hinwegsetzen, hieß auf Rang und Stellung im Leben verzichten, sich degradiren. Aber wer sich durch die Noth auch hierzu bestimmen ließ, ein wie ungünstiges Terrain fand er vor! Ueberall trat ihm die Concurrenz der billigen Sklavenarbeit hindernd in den Weg. Die grobe Handwerkerarbeit, alles, was zum regulären Lebensbedarf gehört, ward mit sehr unbedeutenden Ausnahmen in jedem größeren Hause durch Sklaven besorgt.[379]) Der Absatz war nach dieser Seite also vorzugsweise auf die untern Klassen beschränkt, mithin wenig ergiebig. Für die Handwerke aber, die eine höhere Geschicklichkeit und Uebung verlangten, gab es Officinen und Fabri-

---

die Frage: quid fenerari antworten: quid hominem occidere? — Es gab gewisse Gewerbe, welche die Stiftung ihrer Innung auf Numa zurückführten, Plutarch. Numa c. 17. Huschke, Verf. des Serv. Tullius S. 149, Th. Mommsen, de collegiis et sodaliciis Romanorum Kil. 1843 p. 27 sq. Daraus läßt sich auf das Alter dieser Innungen schließen, nicht auf ihr Ansehn. Die Handwerker-Centurien der Servianischen Verfassung (Tibicines, Cornicines und Fabri) waren keine Zünfte, sondern nichts anders als unsere heutigen Handwerkercompagnien und Regiments-Musikcorps beim Militär, wie ein Blick auf den militärischen Zweck jener Verfassung lehrt.

379) Gallus von Becker Bd. 2 u. 3 der Ausg. von Rein. Eine Persiflage dieser Einrichtung s. bei Petronius Satiricon c. 38: Nec est, quod putes, illum quidquam emere, omnia domi nascuntur etc.

ken, die mit Sklaven betrieben wurden, neben denen also der freie Arbeiter, ganz abgesehen von dem erforderlichen Betriebskapital, bei gleicher Geschicklichkeit gar nicht, bei einem höhern Grade der Geschicklichkeit nur sehr schwer bestehen konnte. Im allgemeinen mußte sogar der Sklave den Vorsprung größerer Uebung und Fertigkeit voraushaben, aus dem einfachen Grunde, weil er sich ungestört und unausgesetzt seinem Geschäfte widmen konnte, während der freie Handwerker oft darin unterbrochen ward. Wenn der Sklave freigelassen wurde, so setzte er das Gewerbe fort, und ihm mit seinen geringen Ansprüchen, seiner größeren Uebung und der Protection eines mächtigen Patrons mochte dasselbe ein bescheidenes Auskommen gewähren, das dem freien Arbeiter weder sicher, noch vielleicht genügend, keinenfalls aber verführerisch genug war, um Viele zu veranlassen, die Bequemlichkeit und Selbständigkeit des Faullenzerlebens mit der demüthigen Stellung eines solchen Arbeiters zu vertauschen. Der Uebergang von einer höhern gesellschaftlichen Stufe zu einer niedern hat etwas höchst widerstrebendes; wie heutzutage der verarmte Adlige es für nobler hält als aristokratischer Proletarier zu vegetiren, denn als tüchtiger Bürger sich einem ehrenwerthen Erwerb hinzugeben, und selbst innerhalb des Bürgerstandes ein Individuum aus s. g. guter Familie lieber Abenteurer, Schauspieler u. s. w., als Handwerker wird, ebenso im alten Rom.

Wohin der Arbeit suchende Freie sonst noch sich wandte, überall begegnete er demselben Erbfeind: dem Sklaven. So in der Schifffahrt,[380]) im Handel,[381]) im Steuerwesen,[382]) selbst in den

380) Man nahm nicht bloß Sklaven zu Matrosen (einmal sogar auf der Kriegsmarine Liv. 24, 11. 26, 35), sondern auch zur Stelle des Kapitäns, wie aus der act. exercitoria hervorgeht.

381) Es bestand nicht bloß das dienende Personal häufig aus Sklaven (act. institoria), sondern oft hatten letztere auch selbst einen kleinen Handel (act. tributoria); dort versperrten sie den Freien den Platz, hier machten sie ihnen eine gefährliche Concurrenz.

382) Dasselbe erforderte ein großes Unterpersonal; die Publicanen

unteren Stellen der Staats- und Communal-Verwaltung (die servi publici).[382a]) In allen diesen Fällen gesellte sich zu der größeren Billigkeit der Sklavenarbeit noch ein anderer Grund hinzu, der dem Sklaven vor dem Freien den Vorzug gab, der Umstand nämlich, daß man nach Grundsätzen des ältern Rechts zwar durch hausunterthänige, nicht aber durch dritte freie Personen erwerben konnte. Darin lag, daß in allen Verhältnissen, die den Abschluß von Rechtsgeschäften durch Mittelspersonen mit sich brachten, die Verwendung des Sklaven als Mittelsperson vor der des Freien entschieden den Vorzug verdiente. Auf Umwegen ließ sich zwar auch im letztern Fall das gewünschte Resultat erreichen, aber der directe Weg hatte hier nicht bloß den Vortheil der Einfachheit, sondern auch den der größern Sicherheit. Die Uebertragung des erworbenen Rechts erforderte dort einen eigenen Willensact der Mittelsperson, konnte also verzögert, verweigert, vereitelt werden u. s. w., hier erfolgte sie von selbst; dort hatte die Mittelsperson vollständige Dispositionsbefugniß über das erworbene Recht, hier nicht.

Selbst also innerhalb des Rechtsgebiets wiederholt sich für den Freien die Schwierigkeit einer Concurrenz mit dem Sklaven!

So war also im alten Rom die persönliche Erwerbsfähigkeit dem Kapital gegenüber völlig machtlos, das große Vermögen (Grundbesitz wie Kapital) hatte über das kleine ein unverhältnißmäßiges Uebergewicht. Der Mittelstand, der bei einer gesunden Gestaltung der Verhältnisse das Gleichgewicht der Gesellschaft herzustellen hat, konnte in Rom nicht gedeihen. Auf der einen Seite häufte sich immer massenhafter der Reichthum an, auf der andern die Armuth und das Proletariat; was dort einem Einzel-

---

fanden es begreiflicherweise am vortheilhaftesten dazu Sklaven zu nehmen (familiae publicanorum).

382a) So bestand z. B. für die Besorgung der Wasserleitung in Rom in der Kaiserzeit eine familia publica von 240 und eine familia Caesaris von 460 Sklaven; ebenso im Dienst der Tempel. Ueber die servi publici vergl. jetzt Th. Mommsen, Röm. Staatsrecht I. 350—359.

nen zufloß, hätte bei richtiger Vertheilung genügt, um Tausenden eine ehrenhafte Existenz zu gewähren. Seinen Culminationspunkt erreichte dieses Mißverhältniß zwar erst gegen das Ende der Republik, aber im mindern Grade war es von jeher vorhanden.[383])

Aus dem bisherigen ergibt es sich, daß das Proletariat für Rom eine unvermeidliche Folge seiner Einrichtungen war. Aus begreiflichen Gründen drängte dasselbe von allen Seiten Italiens vorzugsweise nach Rom zusammen, denn Rom war eine Stadt für Proletarier, wie sie nie dageweſen. Hier war es möglich, mit Nichts und ohne Arbeit eine in gewissem Sinn behagliche Existenz zu führen, hier gab es ewige Zerstreuungen, Spiele, Feste, Spenden von Seiten des Staats und der Reichen. Hier war wenigstens das Elend glänzend, denn auch der Aermste sonnte sich in dem Glanz und der Herrlichkeit der römischen Macht, an der ja auch ihm ein Theil gebührte; auch der Bettler kam hier zu dem Gefühl seines Werthes als römischen Bürgers und konnte in den Tributcomitien sein Stimmrecht ausüben und — verkaufen.

Die Verantwortlichkeit für eine solche Existenz durfte der Einzelne zu einem beträchtlichen Theil von sich ablehnen und dem Staat oder den socialen Einrichtungen zuschieben. Was geschah nun von Seiten des Staats, um das Uebel zu heben und zu lindern? Bevor wir diese Frage beantworten, muß noch auf eine Erscheinung des römischen Lebens aufmerksam gemacht werden, die hiermit im engsten Zusammenhang steht, und die denselben Grund und Zweck hatte wie die Fürsorge von Seiten des Staats, ich meine die Liberalität der römischen Großen gegen die untern

---

383) Mit Recht bemerkt Peter Geschichte Roms Bd. 1, S. 103, daß aus den Nachrichten über den Census des Servius Tullius zu entnehmen sei, daß „in der damaligen Zeit schon eine verhältnißmäßig bedeutende Ungleichheit des Besitzes bestand. Das Normalvermögen der letzten Klasse verhält sich zu dem der ersten, wie 1 zu 10; wie es aber viele Bürger gab, die den geringsten Satz der untersten Klasse nicht erreichten, ebenso fehlte es gewiß nicht an solchen, die den Satz der ersten Klasse und zwar theilweise um ein sehr Bedeutendes überstiegen."

Stände. Dieſelbe gewann im Laufe der Zeit eine ſo koloſſale Ausdehnung, daß uns jeder Vergleich dafür fehlt. Den Grund derſelben kann ich nicht in dem bloßen Streben nach Volksgunſt und in der Beſtechung des Volks zum Zweck der Wahlen erblicken — ſonſt müßte ſich dieſelbe Erſcheinung auch in andern Republiken wiederholen — und noch weniger läßt ſie ſich aus dem Motiv der Wohlthätigkeit ableiten, denn dieſe Eigenſchaft lag bekanntlich nicht im Charakter der Römer. Der tiefere Grund dieſer Erſcheinung iſt vielmehr in den oben geſchilderten Verhältniſſen zu ſuchen. Es galt als ſociale Pflicht der vermögenden Klaſſe, das Uebergewicht, das jene Einrichtungen ihr gewährten, durch Freigebigkeit gegen die Klaſſe, welche darunter zu leiden hatte, wieder auszugleichen, das Unrecht, das darin enthalten war, einigermaßen aufzuheben und erträglich zu machen. Welche Motive auch den Einzelnen beſtimmen mochten: das allgemeine Motiv war die Verſöhnung des verletzten Gefühls der untern Stände mit einem ſocialen Unrecht. Daher die Richtung jener Freigebigkeit auf eine ganze Klaſſe des Volks, daher die Bezeichnung derſelben als einer förmlichen Standespflicht und die Schimpflichkeit einer Ablehnung oder Umgehung derſelben.[384]) Mit vollem Recht; es war ein Zeichen gemeiner, ſchmutziger Geſinnung, die Vortheile einer bevorzugten Stellung auszubeuten, ohne die entſprechenden Pflichten tragen zu wollen. „Auf jedem größern Beſitz haftet, wie ein neuerer Schriftſteller ſagt,[385]) gleichſam die moraliſche Schuldverpflichtung, einen Theil deſſelben neben dem egoiſtiſchen eigenen Genuſſe zum Beſten der Geſammtheit der Geſellſchaft in Umlauf zu ſetzen.“ Die ariſtokratiſche Freigebigkeit diente in Rom weſentlich zur Ergänzung des Syſtems des Güter-Umlaufs, indem ſie nämlich das Rückſtrömen des Vermögens in die leeren Theile, das durch die unvollkommene Organiſation jenes Syſtems in nicht genügender Weiſe vermittelt ward, beförderte,

384) S. Cicero de offic. 2, 16, 17.

385) Riehl, die bürgerliche Geſellſchaft. Stuttg. u. Tübingen 1851, S. 178.

der übermäßigen Anhäufung an den bevorzugten Punkten wenigſtens in etwas abhalf.

Jene Freigebigkeit hatte alſo ein durchaus ſociales, kein eigentlich moraliſches Motiv; ſie ſteht auf gleicher Linie mit unſern heutigen Standesausgaben, nur daß letztere freilich hinſichtlich des Maßes und der Ausdehnung gar nicht mit ihr verglichen werden können. Das eigene Intereſſe der höhern Stände erheiſchte ſie als ein weſentliches Mittel zur Behauptung der Stellung, als eine Bethätigung ächt ariſtokratiſcher Geſinnung, die dem Volk imponirte und den Neid entwaffnete. Die untern wie die höhern Stände waren alſo gleichmäßig dabei betheiligt, jene Liberalität dem ſubjectiven Belieben zu entziehen und zu einer durch die Sitte gebotenen Pflicht zu erheben.[386]) Die hauptſächlichſte Veranlaſſung, an welche die Volksanſicht die Erfüllung dieſer Pflicht knüpfte, war die Bekleidung des ädilitiſchen und ſpäter auch des quäſtoriſchen[387]) Amtes, der erſte Schritt, den man in der Regel zu machen hatte, um die höhern Stufen der Staatsverwaltung zu erſteigen. Der zukünftige Beamte hatte bei ſeinem Eintritt in den Staatsdienſt gewiſſermaßen ſein Eintrittsgeld zu entrichten,[388]) die Liberalität war hier die ſtillſchweigende Vorausſetzung einer erfolgreichen Führung des Poſtens, mittelſt dieſes Amts alſo als weſentliches Element in den Organismus der Staatsverwaltung aufgenommen. Ein Aedil, der ſich der mühſamſten perſönlichen

386) Cicero de off. 2, 16 ... tota ratio talium largitionum genere vitiosa est (es ſpricht der homo novus aus ihm) temporibus necessaria. ibid. 17. Mamerco homini ditissimo praetermissio aedilitatis consulatus repulsam attulit.

387) Aur. Vict. de vir. ill. c. 74. Lucullus .... munus quaestorium amplissimum dedit. Suet. Domit. c. 4 ... quaestoriis muneribus, quae olim omissa revocaverat. Nach dem Bericht von Tacitus erhob Claudius jene Pflicht der Sitte förmlich zum Geſetz, indem er die Quäſtoren verpflichtete, auf eigene Koſten Gladiatorenſpiele zu veranſtalten.

388) So faßt auch Cicero in der angeführten Stelle das Verhältniß auf, indem er meint, im Vergleich zu den Ehren, die ihm ſpäter zu Theil geworden, ſei ihm das Eintrittsgeld nicht ſo hoch gekommen.

Mühwaltung unterzogen, aber es sich nichts hätte kosten lassen, das munus patrimonii als ein munus personae behandelt hätte, würde nicht bloß die Gunst der getäuschten untern Stände, sondern die Achtung des gesammten Volks verloren und auf immer seine Aussichten auf Einfluß und abermalige Wahl verscherzt haben. Die Gelegenheit, bei der jene Verpflichtung der Aedilen sich zuerst und unvermerkt ausbilden konnte, mag die Besorgung der öffentlichen Spiele gewesen sein. Der Staat schoß eine Summe dazu her (für die ludi magni 500,000 Aß), es verstand sich aber von selbst, daß wenn die Aedilen mit derselben nicht reichten, sie den Ausfall zu decken hatten, da es ihre Sache gewesen wäre, die Spiele von vornherein billiger einzurichten. Ebenso hat auch für die übrigen Ausgaben, die das ädilitische Amt mit sich brachte z. B. Lieferungen von Getreide, Oel an's Volk unter dem Einkaufspreis, Bewirthung desselben, Anlegung von Häfen, Wasserleitungen, Straßen, Theatern das öffentliche Geld ursprünglich den Stamm abgegeben, zu dem sich die eigenen Auslagen des Aedilen nur als Zuschüsse verhielten. Jene öffentlichen Fonds bestanden theils aus Geldern, die für irgend einen bestimmten einzelnen Zweck aus dem Aerar bewilligt waren, theils — und hier mit freierer Dispositionsbefugniß für die Aedilen — aus Strafgeldern, die sie selber erkannt und beigetrieben hatten.[389]) Es begreift sich leicht, daß die Beisteuer der Aedilen im Lauf der Zeit eine immer größere ward; ein ehrgeiziger, eitler, verschwenderischer Vorgänger zwang durch sein Beispiel den Nachfolger nicht gar zu weit hinter ihm zurückzubleiben, und so geschah es, daß sich der Aufwand schon frühzeitig[390]) zu einer ungeheuren Höhe steigerte.[391])

---

389) Decreta in eam rem pecunia und pecunia multatitia s. z. B. Livius 10, 23, 47. 31, 50. 33, 42. 38, 35. 39, 44.

390) Wie Cicero de off. 2, 16 sagt: intelligo in nostra civitate inveterasse jam bonis temporibus, ut splendor aedilitatum ab optimis viris postuletur. Liv. 32, 7; 33, 25, 42.

391) Dies ist bekannt, und ich darf mich auf einige Beispiele beschränken:

Auch von andern Beamten und selbst von Privatpersonen werden Beispiele einer großartigen Munificenz gegen das Volk erwähnt.[392] Gegen das Ende der Republik finden wir das System des aristokratischen Aufwandes in seiner vollen Blüthe, wir werden dasselbe im folgenden Buch berühren; ein näheres Eingehen auf dasselbe ist durch unsern gegenwärtigen Zweck nicht geboten.

Wir kehren jetzt zu unserer obigen Frage zurück, nämlich: was geschah von Seiten des Staats, um das materielle Loos der untern Klassen zu erleichtern? Die hauptsächlichsten Maßregeln, in denen sich die römische Wohlfahrtspolizei bethätigte, sind folgende:

1) Anweisung von Ländereien an die besitzlose Masse, sei es durch Anlegung von Colonien oder durch Assignation aus dem ager publicus. Unter allen Mitteln stand dieses in socialer wie politischer Beziehung oben an; es schaffte einen Theil der besitzlosen und unruhigen Masse aus der Stadt und gewährte diesem die Basis einer sittlichen Existenz. Die Römer betrachteten insbesondere die Ausführung einer Colonie als eine Art von Aderlaß,[393] und es ist die Frage, ob der sociale Organismus

---

Getreide- und Oellieferung an's Volk zu einem enorm niedrigen Preise Liv. 31, 50; 33, 42. Plin. H. N. 15, 1, Geldgeschenke an die Soldaten Liv. 33, 23 u. a., Anlegung von 170 Bädern auf eigene Kosten, Plin. H. N. 36, 24 §. 9 von Theatern, Vellej. Paterc. 2, 130 (munera Pompeji) u. s. w. In vielen Fällen, wo die römischen Berichterstatter der Anlagen und Leistungen gedenken, durch die ein Aedil sich den Dank und die Anerkennung des Volks erworben habe, bemerken sie nicht, ob er es auf eigene Kosten gethan; wir werden annehmen dürfen, daß letzteres gemeint und das Verdienstliche vorzugsweise hierin gefunden worden ist.

392) Getreidespenden Liv. 4, 3, visceratione (Vertheilung von Fleisch) Liv. 8, 22; 39, 46. Aur. Vict. de vir. illustr. c. 32., Auslösen von Schuldknechten. Dionys. 4, 9, 10. Liv. 6, 20. Eine Menge von Beispielen, die auf Inschriften vorkommen, s. bei Kuhn über die Munera der römischen Gemeinden in der Zeitschrift für Alterthumswiss. v. Cäsar 1854. H. I. S. 11—15.

393) Wenn nicht als Reinigung eines Sumpfes. Cic. de leg. agr. 2, 26 i. f. urbanam plebem exhauriendam esse; hoc verbo usus quasi

Roms ohne das System solcher periodischer Aderlässe nicht bereits früher seinem innern Fehler erlegen wäre. Die Anwendung dieses Mittels reicht bis in die ältesten Zeiten hinauf;[394]) da während der Dauer der Republik die Eroberungen mit der Vermehrung des Proletariats gleichen Schritt hielten, so war ein stets wiederholter Gebrauch möglich.

Eine andere hierzu gehörige Maßregel war

2) die Einführung des Soldes.

Je weiter sich die Kriege von Rom entfernten, und je länger folgeweise ihre Dauer ward, um so mehr steigerte sich der Druck, mit dem dieselben gerade auf dem ärmern Theil des Volks lasteten. Vermochte man auch die Verhältnisse, in denen dies seinen Grund hatte, nicht zu ändern, so konnte man doch durch jene Maßregel dies Mißverhältniß etwas ausgleichen, jedenfalls den Druck einigermaßen vermindern. Im Jahre 348 der Stadt gab die herrschende Parthei den darauf gerichteten Anforderungen der ärmeren Klasse nach.[395])

Ein Punkt von äußerster Wichtigkeit war

3) das Getreidewesen.[396])

---

de aliqua sentina. Ebenso Liv. 24, 29 sentinam quandam urbis rati exhaustam. Liv. 10, 6: Romae quoque plebem quietam et exoneratam deducta in colonias multitudo praestabat. 5, 24 . . . multiplex seditio erat, cujus leniendae causa coloniam in Volscos, quo 3000 civium Rom. scriberentur, deducendam censuerant. Wachsmuth, die ältere Geschichte des röm. Staats. S. 326 fl.

394) Engelbregt de legib. agrariis ante Gracchos. Lugd. Batav. 1842. p. 31.

395) Liv. 4, 59. Einführung des Soldes, Vertheilung des ager publicus und Ausführung von Colonien werden um die Zeit als die Desiderien der Plebs und folglich als Lockspeise für sie gemeinschaftlich genannt. Liv. 4, 36. Agri publici dividendi coloniarumque deducendarum ostentatae spes et . . . in stipendium militum erogandi aeris.

396) Außer den von Marquardt in Becker, Handb. der röm. Alterthümer Th. 3. Abth. 2. St. 88 genannten, unter denen namentlich die von E. Nasse, Meletemata de publica cura annonae apud Romanos. Bonnae 1851 Hervorhebung verdient, s. noch Rudorff, Röm. R.-G. I.

Die Bemühungen der Staatsbehörde mußten in dieſer Beziehung namentlich darauf gerichtet ſein, einen möglichſt gleichmäßigen Preis herſtellig oder wenigſtens die Schwankungen der Getreidepreiſe für die niederen Klaſſen unſchädlich zu machen. Für gewöhnliche Zeiten gehörte das Getreideweſen zur Competenz der Aedilen, für beſondere Nothzuſtände ward wohl ein eigener Beamter (praefectus annonae) oder eine Commiſſion ernannt. Die Fürſorge dieſer Perſonen äußerte ſich zunächſt darin, daß ſie dem verderblichen Wirken des Kornwuchers entgegentraten,[398] ſodann darin,[399] daß ſie auswärts auf eigene oder auf Koſten des Staats Getreide aufkaufen und daſſelbe zu einem mäßigen Preis an die Bedürftigen verabfolgen ließen. Völlig unentgeltliche Vertheilung des Getreides wie gegen das Ende der Republik in Gemäßheit eines Geſetzes von Clodius kam anfänglich nicht vor. Daß aber der Staat oder der Beamte dennoch ſchenkte d. h. unter dem Einkaufspreis verkaufte, wird nicht

---

§. 18 und Rubino, de Serviani census summis disputatio partic. 1. (Marburger Lectionskatalog für das Sommerſem. 1854), worin der Verf. u. a. nachweiſt (S. 24 fl.), daß die in asses angeſetzten Preiſe der leges frumentariae vom Pfund-Aß (in der Praxis in der Regel nach einem abſichtlich ſehr ermäßigten Anſatz zu einem Seſterz gerechnet) zu verſtehen ſind. Der unglaublich niedrige Preis der Stellen in Anm. 401 hatte Schultz Grundlegung zu einer geſchichtlichen Staatswiſſ. der Römer S. 509 zu dem willkürlichen Vorſchlag verleitet, ſtatt aeris: sestertiis zu leſen; Rubino hat uns jetzt die richtige Löſung gegeben, und es iſt keins der geringſten Verdienſte jener kleinen, aber werthvollen Gelegenheitsſchrift.

398) Theils durch polizeiliche und kriminelle Verfolgung deſſelben, Liv. 38, 35. 4, 12: et objiciendo irae populi frumentarios, Rein Kriminalrecht der Römer S. 829, theils dadurch, daß ſie mittelſt der im Text beſprochenen Concurrenz die Preiſe herabdrückten Plin. H. N. 18, 4. Tiberius zwang einmal die Getreidehändler zu einem ermäßigten Preiſe zu verkaufen, legte aber das Fehlende bei. Tac. Ann. 2, 87.

399) In der äußerſten Noth ergriff einmal ein Praefectus annonae ein ſehr gewaltſames Mittel, das freilich wie alle derartigen Eingriffe ſeinen Zweck völlig verfehlte; er verordnete nämlich, daß jeder ſeine Vorräthe angeben und, ſoweit ſie den Bedarf eines Monats überſtiegen, verkaufen ſolle, Liv. 4, 12.

bloß ausdrücklich gesagt,[400]) sondern es läßt sich auch von vornherein annehmen, daß er bei einem Preise von einem Aß und darunter für den Modius, wie er uns für verschiedene Zeiten bezeugt wird,[401]) nicht seine Rechnung finden konnte.[402]) Diese Sorge für das Getreidewesen reicht in die ältesten Zeiten hinauf,[403]) nur beschränkte sie sich anfänglich auf wirkliche Nothfälle. Die etwaigen Kosten fielen damals noch ausschließlich der Staatskasse zur Last, und es läßt sich begreifen, daß der Senat nur bei dringenden Veranlassungen Zuschüsse aus dem Aerar bewilligte, und nicht, ohne sich das Geschenk bezahlen zu lassen.[404]) Es war also eine wesentliche Verbesserung für die niedern Klassen, daß später die Aedilen anfingen, auf eigene Kosten billiges Getreide zu liefern. Außer den Lieferungen ward noch im Tempel der Ceres, der gewissermaßen das Amtslokal der Aedilen bildete,

---

400) Plin. H. N. 18, 4 . . frumentum populo in modios assibus donavit.

401) Außer den Beispielen auf S. 239, Anm. 365 s. Liv. 30, 26. 31, 4 (quaternis aeris $^4/_{12}$ Aß), 30, 50 und 33, 42 (binis aeris $^2/_{12}$ Aß). Epitome 60 (lex frumentaria) des C. Gracchus: ut semisse et triente [$^5/_6$ Aß] frumentum plebi daretur).

402) Der Preis war ein sehr niedriger, denn der Marktpreis des Weizens betrug in guten Zeiten etwa 3 Sesterzen für den Modius, also dreimal soviel als der Modius dem Volke abgelassen ward, wenn man das Pfund-Aß nur zu einem Sesterz rechnete. Nach Rubino's plausibler Annahme (a. a. O. p. 15, Note 5) wäre diese niedrige Berechnungsweise des aes grave gerade bei den Getreidevertheilungen zuerst aufgekommen. Mit dem Modius (ungefähr $^1/_6$ berl. Scheffel) reichte eine erwachsene Person, auch wenn sie sehr wenig andere Nahrung zu sich nahm, eine Woche. Soldaten erhielten im Monat 4 Modii, die Bürger bei späterer Getreidevertheilung 5, die Sklaven im Winter 4, im Sommer bei der härteren Arbeit $4^1/_2$, der villicus, weil seine sonstige Kost besser war, nur 3. Cato de re rust. 56. Polyb. Reliq. 6, 39. Welch geringen Werth das Aß schon in alter Zeit hatte, und wie sehr derselbe sich späterhin noch verminderte, kann nicht weiter ausgeführt werden.

403) Liv. 2, 9 (a. U. C. 246). 34 (262 si veterem annonam volunt). Aur. Vict. de vir. ill. c. 7.

404) Darauf zielte der Vorschlag des Coriolan, Liv. 2, 34. 35. Liv. 4, 12 regno prope per largitionis dulcedinem in cervices accepto.

an diejenigen, die dort ihre Zuflucht genommen hatten, unentgeltlich Brot verabreicht.[405])

Im Laufe der Zeit dehnte sich die Fürsorge der Staatsbehörden auch auf andere Gegenstände des leiblichen Bedürfnisses aus, z. B. Salz, Oel, Bäder, Wasserleitungen, Baumaterial.[405a]) Was namentlich das Salz anbetrifft, so ward schon in den ersten Jahren der Republik die Salzregie eingeführt, nicht aber in der Absicht, um darin eine neue Einnahmequelle für den Staat zu eröffnen, sondern um der künstlichen Theuerung, die der Handel hinsichtlich dieses Artikels zu bewirken gewußt hatte, ein Ende zu machen.[406]) Im sechsten Jahrhundert legten zwei Censoren, von denen der eine, M. Livius, daher den Beinamen Salinator erhielt, eine Steuer auf das Salz, und zwar in der Weise, daß die Lieferung des Salzes zu einem nach den verschiedenen Gegenden Italiens differirenden Preise verpachtet ward, wobei für Rom der bisherige Preis innegehalten werden mußte.[407])

4) Das Schuldenwesen.

Daß das Schuldenwesen für Rom eine ganz eigenthümliche sociale Bedeutung hatte, ist schon früher (S. 71) bemerkt. Für die Gegenwart kann von einer solchen Bedeutung kaum die Rede sein; es gibt keinen Stand der Gesellschaft, der heutzutage vor-

405) Non. Marc. de propr. serm. ed. Merc. p. 44.

405a) Liv. 5, 55; 6, 4.

406) Liv. 2, 9. Salis quoque vendendi arbitrium, quia impenso pretio venibat, in publicum omni sumtu ademtum privatis. Livius hätte sich kaum deutlicher ausdrücken können, und die Auffassung des Textes wird keiner Rechtfertigung bedürfen, es ist aber unglaublich, wie man ihn mißverstanden und an den Worten gekünstelt und experimentirt hat. S. Drackenborch zu dieser Stelle. Eine Salzsteuer wird schon dem Ancus Martius zugeschrieben, Aur. Vict. de vir. ill. c. 5, ebenso die erste Einrichtung der Salinen und das erste Geschenk von Salz an das Volk. Plin. H. N. 31, 41.

407) Liv. 29, 37. Worauf sich die Behauptung von Rupertis Handb. der röm. Alterth. 2. Th. S. 838 stützt, daß das Salzmonopol in Italien aufgehoben worden sei, kann ich nicht einsehen; Belege hat er nicht hinzugefügt.

zugsweise dem Looſe der Verſchuldung ausgeſetzt wäre, oder dem umgekehrt die Verſchuldung der andern Klaſſe zu gute käme. Ganz anders in Rom. Die Verſchuldung läßt ſich hier als eine Epidemie bezeichnen, der die untern Schichten vermöge ihrer ungünſtigen ökonomiſchen Situation faſt ausſchließlich ausgeſetzt waren, und von der nicht Einzelne, ſondern der ganze Stand in furchtbarer Weiſe und mit periodiſcher Regelmäßigkeit heimgeſucht ward.[408])

Auf die Frage, wie der Staat ſich dieſer Thatſache gegenüber verhielt, haben wir bereits früher bei Gelegenheit der novae tabulae (S. 74 u. fl.) und der Zinsbeſchränkungen die Antwort erhalten; es möge an dieſer Stelle nur noch ein Nachtrag Platz finden. Er betrifft einen Fall, den Livius uns aufbewahrt hat.[409]) Im Jahre 403, als die Schuldenlaſt wieder einmal eine unerträgliche Höhe erreicht habe, berichtet er, habe ſich der Staat in's Mittel gelegt, um eine Abtragung der Schulden zu bewirken. Es ſei eine Commiſſion zu dem Zweck ernannt, derſelben ein Fonds aus dem Aerar zur Verfügung überwieſen, und ſodann ein Theil der Forderungen im Namen des Staats abgetragen und von ihm übernommen worden, ein anderer ſei dadurch erledigt, daß die Commiſſion einen Accord zwiſchen Gläubiger und Schuldner, namentlich durch Abtretung von Sachen gegen billige Taxe zu Stande gebracht habe. So ſei zur Zufriedenheit aller Theile und ohne nennenswerthe Einbuße für den Staat eine ungeheure Schuldenmaſſe getilgt worden.

Die Fürſorge und Beihülfe des Staats beſchränkte ſich nicht einmal auf allgemeine, eine ganze Klaſſe des Volks betreffende Maßregeln, ſondern ſtieg mitunter in die engſten Kreiſe des individuellen Bedürfniſſes hinab. So ſehen wir den Senat nach dieſer Seite hin in einer faſt väterlichen Weiſe thätig werden z. B. den Töchtern verdienter, aber unbemittelter Männer aus Staats-

408) Liv. 6, 36 gregatim quotidie de foro addictos duci et repleri vinctis nobiles domos.

409) Liv. 7, 21.

mitteln eine Dos bestellen, sich des Hauswesens abwesender Beamten annehmen u. s. w.[410])

Aus dem bisherigen ergibt sich zur Genüge, daß die Idee von einem gleichgültigen Verhalten des Staats gegenüber dem Wohle des Individuums durchaus verkehrt ist, daß also, um auf unsere obige Frage (S. 219) die Antwort zu ertheilen: das System der subjectiven Freiheit nicht auf einem rein negativen, gleichgültigen Verhalten des Staats gegen das Individuum, sondern auf dem positiven Willen desselben beruhte.

Die Vorstellung, die wir bisher bekämpft haben, hat ihren Grund in der Wahrnehmung, daß der römische Staat bei so manchen Verhältnissen, in die der heutige durch beschränkende Gesetze oder Veranstaltungen anderer Art z. B. Controle, Mitwirkung von Seiten der Obrigkeit u. s. w. einzugreifen pflegt, sich völlig passiv verhielt. Dem Eindruck dieser Verschiedenheit wird sich Niemand entziehen können, der z. B. das Verhalten des ältern römischen und des heutigen Staats zur Vormundschaft und Familie in's Auge faßt. Aber übereilt ist der Schluß: dem römischen Staat sei die Gestaltung dieser Verhältnisse gleichgültig gewesen. Der wahre Grund lautet vielmehr: die Staatsgewalt mischte sich nicht weiter ein, als es nöthig schien. Soweit es unerläßlich war, hat auch der römische Staat sich nicht gescheut beschränkend oder nachhelfend einzugreifen,[410a]) darüber hinaus aber unterließ er es, während der moderne Polizei-Staat von der fixen Idee ausging, als ob ohne seine Leitung, Controle u. s. w. alles in's Stocken kommen würde und darum sich für verpflichtet hielt, überall seine Sorgfalt zu bethätigen.

410) Val. Max. 4, 4 §. 6 u. 10. Front. Stratag. 4, 3 §. 15. Aur. Vict. de vir. illustr. c. 40 (Alimente an die Frau und Kinder des Regulus) ib. c. 18, 24, 33 (Geschenk eines Hauses, einer Bau- und Begräbnißstelle) Val. Max. 5, 1 §. 1 (Begräbniß auf Kosten des Staates) Seneca Consol. ad Helv. 12. Mitunter geschah so etwas durch eine öffentliche Collekte des Volks z. B. Aur. Vict. de viris illustr. c. 18, 32.

410a) Das Weitere bei der Untersuchung über den Grund des subjectiven Rechts (Absch. II).

B. Der Macht- und Freiheitstrieb innerhalb der Magiſtratur.

Das freie Walten der Perſönlichkeit in Verhältniſſen des öffentlichen Rechts — Die Machtſtellung der römiſchen Magiſtrate — Die Garantieen gegen den Mißbrauch der Amtsgewalt — Die ſtaatsrechtliche Praxis — Bedeutung der Perſönlichkeit für die Magiſtratur.

Fateor in ista ipsa potestate inesse quiddam mali, sed bonum quod est quaesitum in ea sine isto malo non haberemus.

Cicero de legib. 3, 10.

XXXV. Der Gegenſatz des Syſtems der Freiheit und Unfreiheit, der in §. 30 aufgeſtellt ward, erſtreckt ſich ebenſowohl auf das öffentliche als das Privatrecht. Wenn der Leſer ſich der obigen Darſtellung erinnern will, ſo wird er wiſſen, daß ich die Freiheit im öffentlichen Recht keineswegs mit der republikaniſchen Verfaſſung identificire. Der Geiſt der wahren Freiheit iſt an keine Staatsform gebannt; er hat nicht ſelten die Republiken geflohen und in einer abſoluten Monarchie ſich niedergelaſſen. Wo die Staatsgewalt ſich zur ausſchließlichen Quelle alles Rechts und aller Kraft gemacht, die Freiheit und Bewegung, die über den ganzen Organismus ausgebreitet ſein ſollte, ſich allein zugeeignet hat, um ſie nur von ſich aus zu entlaſſen, hört der Raub, den die Staatsgewalt an der wahren Freiheit begangen, dadurch nicht auf es zu ſein, daß die republikaniſche Form der Verfaſſung jedem Einzelnen ſeinen homöopathiſch verdünnten Antheil an demſelben verſtattet.

Wir haben früher (S. 128) das Weſen und den Endzweck der Freiheit in den ſchöpferiſchen Beruf der Perſönlichkeit geſetzt. Dieſer Beruf und der Trieb, das Bedürfniß der Perſönlichkeit, ihn zu bethätigen, beſchränkt ſich aber nicht auf den engen Kreis der privatrechtlichen Exiſtenz, ſondern wohin die Perſönlichkeit ſich wendet, im öffentlichen Leben, in Kunſt und Wiſſenſchaft, bringt ſie dieſen Trieb mit ſich, und in demſelben Maße, in dem ſie Gelegenheit findet, ihn zu befriedigen, ſtellt ſich jene Liebe zum Beruf ein, die gerade in der Hingebung, die ſie bewähren, und in

den Opfern, die sie bringen darf, ihre Befriedigung und ihr Glück findet. Dieses heilige Feuer wahrer Liebe, dieser höhere Schwung der Persönlichkeit wird nur durch die Ekstase, in die das Schaffen, das freie Wirken sie versetzt, geweckt. Beraubt die Persönlichkeit der Freiheit, bevormundet sie, umgebt sie mit einem Netz lästiger Beschränkungen, — und jener unerschöpfliche Kraftvorrath des spontanen Wollens, über den die Persönlichkeit gebietet, jene Hingebung und Willigkeit geht für die ihr gestellte Aufgabe verloren. Allerdings gibt es auf allen Gebieten menschlicher Thätigkeit Stellungen und Aufgaben, die ihrer Natur nach ein freies Wirken und eine schöpferische Thätigkeit ausschließen und lediglich Handlangerdienste erfordern und zulassen, sie machen das Wesen des subalternen Berufs aus. Wer sich ihnen unterzieht, verzichtet von vornherein auf freies Walten; in der Stellung und Aufgabe selbst liegt Nichts, was ein Anrecht darauf ertheilen, Nichts mithin, was das Subject innerlich mit ihr entzweien könnte. Anders aber, wenn die Aufgabe ihrer Natur nach ein selbständiges Handeln voraussetzt, diese Selbständigkeit aber aus Mißtrauen möglichst beschränkt und beschnitten wird. Eine Gewalt und damit die Ansprüche, die sie erweckt, zu gewähren oder zu dulden, ihr aber von allen Seiten die Möglichkeit einer spontanen Bewegung abzuschneiden und sie dadurch sich selbst zu verleiden; die Lust, Liebe und Hingebung an die Aufgabe in der Geburt zu ersticken; in dem gewöhnlichen Charakter die Persönlichkeit völlig abzuthun und das Gefühl Stück einer Maschine, willenloses Werkzeug des Gesetzes oder eines höhern Willens zu sein an die Stelle zu setzen; in dem kräftigen Charakter einen tiefen Groll über den innern Widerspruch zwischen der gestellten Aufgabe und dem Maß der gewährten Mittel und einen beständigen Reiz zur Uebertretung der Beschränkungen zu unterhalten — das ist die Weisheit eines Systems, das noch bis auf den heutigen Tag bei uns in voller Blüthe steht, das System der Bevormundung von oben herab, der Angst vor der Freiheit und Macht der Persönlichkeit.

Durch alle unsere Institutionen geht ein Zug des Mißtrauens, überall flößt uns die volle Gewalt Angst ein, wir ruhen nicht eher, bis wir ihr die Möglichkeit des Mißbrauchs entzogen haben. Es ist jene Flucht vor der Persönlichkeit und die Ueberschätzung der todten Regel und Anstalt, die ich schon früher als einen Charakterzug unsrer Zeit bezeichnet habe, der sich in allen unsern Verhältnissen, nicht bloß in denen des öffentlichen Rechts, nachweisen läßt. Man nehme unser Beamtenwesen. Wie erdrückt ist es durch die Last von Gesetzen, Verordnungen, Instructionen, die den Beamten wie einen Blinden bei dem kleinsten Schritt, den er macht, lenken sollen! Und wo das todte Gesetz eine Lücke läßt und damit die Gelegenheit bietet, der persönlichen Einsicht des Beamten die Entscheidung zu überlassen, entzieht das Mißtrauen ihm dieselbe wieder, indem es ihn darauf beschränkt zu berichten und die Entscheidung von oben zu holen. Man nehme ferner unser Corporationsleben. Wie hat man hier aus Angst das Selbstregiment und die Selbständigkeit der Corporation untergraben und das System der Bevormundung von Seiten des Staats an die Stelle gesetzt! Und gar unsre heutige Vormundschaft, welch ein Zerrbild ist sie! Wie gelähmt ist der Vormund durch die Obervormundschaft bei jedem Schritt und Tritt, den er beabsichtigt! Anstatt alles Gewicht auf die Persönlichkeitsfrage zu legen, dafür zu sorgen, daß nur solche Individuen zu Vormündern genommen werden, die Vertrauen verdienen, anstatt die nöthigen Garantieen in ihrer Persönlichkeit, ihrer Solvenz u. s. w. zu suchen, hat man dem ganzen Institut der Vormundschaft einen Zuschnitt gegeben, der, auf völlig unfähige Vormünder berechnet, den tüchtigen aller Orten hemmt und lähmt und ihm alle Lust und Freude an seinem Amt verkümmert. Die äußerste Spitze des Unsinns, zu der sich diese Politik der Angst verstiegen hat, war wohl die, daß man einen Feldherrn, der dem Feinde gegenüberstand, unter die Leitung einer entfernten Kriegskanzlei stellte, ihn anwies, sich von ihr die Autorisation zur Schlacht und die Genehmigung des Schlachtplanes einzuholen.

Zu diesem unserm heutigen System bildet das römische den schärfsten Gegensatz. Die Römer wußten, daß ein mächtiger Staat kraftvoller Werkzeuge bedarf, ein Staat mit gebundenen Gliedern nichts Großes zu leisten vermag, und weder die Angst vor der Möglichkeit des Mißbrauchs, noch ihr Freiheitsgefühl hielt sie ab, die Magistraturen mit der vollen Gewalt auszustatten. In allen Verhältnissen an eine energische Machtentfaltung gewohnt, würden sie am wenigsten an der Spitze ihres Gemeinwesens die Schwäche und Ohnmacht ertragen haben. Nicht ein devotes, ängstliches, anspruchsloses Auftreten, sondern ein gebieterisches, königliches Benehmen wünschte das Volk von seinen Beamten; die Macht und Majestät des Staats selbst sollte in ihnen sichtbar werden. Darum räumte es ihnen bereitwillig zu diesem Behuf die nöthige Macht und Stellung ein, und Polybius konnte die Bemerkung machen, daß der römische Staat, wenn man die Magistraturen in's Auge fasse, den Eindruck einer Monarchie hervorrufe.[412]) Die Machtfülle, mit der das Beamtenthum von altersher ausgestattet war, blieb seit dem vierten Jahrhundert bis zu Ende der Republik nicht bloß unvermindert, sondern auch völlig unangefochten bestehen; denn die Demokratie gefiel sich hier nicht wie bei uns darin, die Macht der Regierung und die Autorität des Beamtenthums im vermeintlichen Interesse der Volkssouveränetät herabzusetzen. Wie günstig der Boden für das Gedeihen der Macht der Beamten war, zeigte sich insbesondere daran, daß es den Magistraturen, die erst seit Anfang des vierten Jahrhunderts in's Leben gerufen wurden, möglich war, ihr ursprüngliches Machtgebiet ohne Hülfe der gesetzgebenden Gewalt bloß durch eigene Kraft im weitesten Maße auszudehnen.

Diese Popularität der Gewalt und diese Autorität des Beamtenthums in Rom erklärt sich zur Genüge aus dem angebornen Sinn der Römer für Macht, Disciplin und Unterordnung, und es thut nicht Noth zur Erklärung dieser Thatsache zu dem König-

412) Polyb. Reliq. VI. 11, 5. 12, 9.

thum zurückzugreifen. Es gibt bekanntlich eine Auffassung des römischen Königthums, die in demselben eine theokratische Institution, eine Art Hohenpriesterthum erblickt.[413]) Von der Idee ausgehend, als ob die einfach sittlich-natürliche Anschauung der Verhältnisse es nicht zu dem Gedanken der Nothwendigkeit der Autorität zu bringen vermocht habe, hat sie jenes Königthum zu Hülfe genommen, um auch die Magistratur als Erbin desselben mit dem Nimbus göttlicher Weihe zu bekleiden. Selbst wenn ich den Glauben an jenes Königthum theilte, könnte ich doch diese Art der Verwendung desselben weder für nöthig noch für statthaft halten. Neben den Consuln, die man als die eigentlichen Erben der königlichen Würde bezeichnen kann, kamen nach und nach noch andere Magistraturen auf, und sie alle besaßen doch darum kein geringeres Ansehen und Gewicht, daß es für sie keine alten religiösen Traditionen, kein Königthum gab, das ihnen die nöthige Weihe hätte verleihen können. Und sodann ward ja die eigentlich priesterliche Function des römischen Königthums von der Magistratur getrennt und dem rex sacrificulus überwiesen. Welch' klägliche Rolle aber spielte gerade dieser Erbe der religiösen Gewalt des Königs!

Wir wollen jetzt die Machtstellung der römischen Beamten an einigen schlagenden Beweisen erläutern. Höchst beachtenswerth ist zunächst die Unabhängigkeit und Selbständigkeit der Magistrate in ihrem Verhältniß zum Volke. Das Volk bestellte sich in dem Beamten nicht einen Diener, einen Niedern (minister), sondern einen Herrn, einen Höhern (magister mit magnus zusammenhängend). Der Umstand, daß er durch die Wahl des Volkes berufen und nach Niederlegung des Amts vor dasselbe zur Verantwortung gezogen werden konnte, hatte auf die ihm anvertraute Gewalt selbst gar keinen Einfluß. Sowie er sein Amt angetreten, änderte sich sein Verhältniß zum Volk völlig; kurz vorher noch hinaufblickend zu demselben, blickte er jetzt auf

413) Gerlach u. Bachofen, Geschichte der Römer. B. 1. Abth. 2.

daſſelbe hinunter. Der Wille des Volks konnte ihm fortan nichts mehr entziehen — er war für die Dauer ſeines Amtsjahres rechtlich unabſetzbar — noch auch ihn hindern, in ſeiner Amtsführung ganz ſeiner eigenen Ueberzeugung zu folgen. Der Volkswille erſcheint alſo nur als rein tranſitoriſches Moment bei der Magiſtratur, er erſchöpft ſich mit dem einen Akt der Wahl und tritt ſodann ein ganzes Jahr wieder in den Hintergrund. Es iſt begreiflich, daß die Beamten auf den Willen und die Wünſche des Volks Gewicht legten, aber kein höheres als etwa in einer monarchiſchen Verfaſſung der Fürſt. Wo ſie anderer Ueberzeugung waren, nahmen ſie nicht den geringſten Anſtand ſich darüber hinwegzuſetzen, ja es werden uns in dieſer Beziehung Züge und Aeußerungen berichtet,[414]) die eine faſt abſolutiſtiſche Geſinnung athmen.

Was die einzelnen Magiſtraturen anbetrifft, ſo nimmt hinſichtlich der Fülle der Machtbefugniß die Dictatur bekanntlich die erſte Stelle ein. Sie läßt ſich als eine vorübergehende Anleihe der Republik bei dem abſoluten Königthum bezeichnen und enthält das Zugeſtändniß, daß die republikaniſche Verfaſſung zwar für gewöhnliche Zuſtände durchführbar, für ungewöhnliche Verhältniſſe aber die Concentrirung der geſammten Staatsgewalt in der Hand eines abſoluten Herrſchers nöthig ſei — die Anerkennung der relativen Berechtigung des Abſolutismus innerhalb eines Freiſtaats.

Die Macht der Conſuln war beſchränkter; aber welche Befugniß ſchloß doch auch ſie in ſich! Hing es doch de jure vom Conſul ab, ob und wie oft er Volks- und Senatverſammlungen[415]) berufen wollte — wider ſeinen Willen waren beide nicht möglich — welche Gegenſtände zur Verhandlung kommen ſollten,

414) Val. Max. 3. 7, 3: Tacete quaeso, Quirites, plus enim ego, quam vos, quid reipublicae expediat, intelligo. Ibid. 6. 2, 3. 6. 4, 1, 2. Aur. Vict. de vir. illustr. 58 §. 8.

415) Hinſichtlich der Sitzungen des Senats beſtand eine Pflicht der Sitte (ſ. unten).

ob er, wenn die Stimmung ihm nicht günstig erschien, die Versammlung wieder entlassen wollte u. s. w.[416]) Als ein höchst merkwürdiges Recht verdient auch die freie Dispositionsbefugniß über das Aerar bezeichnet zu werden; an die Mitwirkung des Senats war die Ausübung desselben nicht geknüpft. Wir werden hierauf unten bei Gelegenheit der Stellung der Magistraturen zum Senat zurückkommen.

An positiver Macht kamen den Consuln am nächsten die Censoren. Ihre Strafgewalt war zwar hinsichtlich der Strafart beschränkt, allein im übrigen nicht minder ausgezeichnet durch ihre Ausdehnung als durch ihre Befreiung von dem Recht der Provocation an die Volksversammlung. Vermöge dieser Gewalt konnten sie bekanntlich Jemanden aus der Tribus, dem Ritterstande, dem Senat ausstoßen. Sodann hatten sie das Recht, nach eigener Wahl den Senat zu ergänzen, Steuern aufzulegen[417]) u. s. w., kurz Rechte, die ein ganz und gar absolutistisches Gepräge tragen.

Die Macht der Tribunen war ursprünglich vorwiegend negativer Natur, ein Einspruchsrecht gegen willkürliche Maßregeln der patricischen Magistrate. Im Lauf der Zeit aber wußten sie nicht bloß diesem Einspruchsrecht die weiteste Ausdehnung zu geben, sondern sie erwarben sich auch höchst wirksame positive Rechte hinzu, namentlich das jus prendendi. Während ihnen dasselbe anfänglich sogar in seiner Richtung gegen Privatpersonen patricischen Standes bestritten war, setzten sie dasselbe später selbst gegen die Consuln durch.[418]) „Die tribunitische Ge-

---

416) In der ersten Auflage hatte ich im Anschluß an eine neuerdings öfters vertheidigte Ansicht noch ein anderes Recht des Consuls angeführt, dessen Ungrund ich inzwischen glaube nachgewiesen zu haben, s. IV. 221, 222.

417) Wie z. B. Livius Salinator (Anm. 407) die Salzsteuer.

418) Jenes bei Liv. 2, 56, dieses bei Liv. 3, 26 (wo der Senat selbst ihrer Usurpation in die Hände arbeitet). Sie versuchten es auch, wie uns Gellius 13, 12 berichtet, sich das jus vocationis, das den Magistraten mit imperium zustand, zuzueignen, ja sie wagten es sogar gegen die Consuln

walt, um mit Niebuhr zu reden, überflog Consuln, Senat und das Volk selbst, und die Tribunen waren nicht sowohl Repräsentanten der Nation gegenüber der höchsten Gewalt, sondern für die Dauer ihrer Zeit ernannte Tyrannen." Ließ doch Einer einst den Consul, der ihn in der Rede unterbrochen, in's Gefängniß werfen, ein anderer gar beide Consuln, ein dritter neun seiner Collegen lebendig verbrennen![419])

Das Ueberraschende an diesen Gewaltverhältnissen ist nicht sowohl die außerordentlich weite Erstreckung der Gewalt, als der Umstand, daß selbst die exorbitantesten Befugnisse an gar keine Voraussetzungen geknüpft sind. Es gilt hier dieselbe Bemerkung, die ich S. 136 hinsichtlich der gleichen Erscheinung auf dem Gebiete des Privatrechts gemacht habe.[420]) Die stillschweigende Bedingung für die Ausübung aller jener Befugnisse ist das Dasein der Voraussetzungen, welche ihren Gebrauch rechtfertigen. Wie aber die Voraussetzungen beschaffen sein sollen, und ob sie wirklich vorhanden sind, das ist auch hier lediglich dem Urtheil des Innehabers der Gewalt anheimgestellt. Er kann einen Mißgriff begehen — gewiß — aber dafür ist ihm andererseits auch die Möglichkeit der Wahl des Besten offen gelassen. Selbst wenn jene Gefahr nicht durch Einflüsse, von denen gleich die Rede sein wird, beträchtlich vermindert worden wäre, so mochten sich die Römer doch mit dem Gesichtspunkt trösten, den Cicero bei der Beurtheilung der tribunitischen Gewalt aufstellte, nämlich daß das

auszuüben, allein hier hatte ihre Usurpation nicht den gewünschten Erfolg, die vocatio ward ihnen nie zugestanden.

419) Val. Max. 6, 3, 2. 9. 5, 2. Cicero de leg. 3 c. 9. Aur. Vict. de vir. ill. 66, §. 9.

420) Ich könnte hier noch auf die Vormundschaft des ältern Rechts verweisen, deren ich dort zu gedenken keine Veranlassung fand. Die Charakteristik der öffentlichen Gewalten paßt fast Zug für Zug auch auf sie. Sie war bekanntlich im ältern Rechte ein Gewaltverhältniß (jus in capite libero), und zwar ein rechtlich sehr freies, der Vormund ward durch keine Vorschriften und Beschränkungen gebunden und konnte erst nach Niederlegung seines Amts zur Verantwortung gezogen werden.

Schlechte der Kaufpreis des Guten ist.[421]) Gegen den Mißbrauch der tribunitischen Gewalt gab es gerade die wenigsten verfassungsmäßigen Garantieen, gegen den Mißbrauch des Veto gar keine; sie von allen Gewalten hatte sich am meisten überhoben und vergangen, und doch findet Cicero selbst für sie in jenem Gesichtspunkt einen ausreichenden Grund zu ihrer Rechtfertigung.[421a]) In der That aber verliert jene Gefahr des Mißbrauchs bei näherer Betrachtung ein erkleckliches von dem Schreckhaften, das sie vom abstracten Standpunkte aus zu haben scheint. Daß ein Tribun aus Uebermuth den Consul in's Gefängniß werfen läßt, der Censor aus Chikane Senatoren und Ritter aus der Liste streicht und seine Kreaturen in den Senat bringt, daß der Consul die Schätze des Aerars zu nichtigen Zwecken vergeudet oder aus persönlicher Abneigung sich weigert, die vom Volk gewählten Magistrate des folgenden Jahres zu proclamiren, daß die Augurn im politischen Partheiinteresse wegen angeblicher Formfehler in den Auspicien die Wahlen und andere staatsrechtliche Akte cassiren — alles das war abstract genommen durchaus möglich und kam späterhin, als die Willkür sich aller Scham entband und selbst vor offenbaren Verletzungen der Gesetze nicht zurückbebte, wirklich vor. Freilich blieb denn auch die nothwendige Folge der Ausschweifung nicht aus — die Selbstvernichtung, wie wir im folgenden Buch zeigen werden. Wir stehen aber hier noch in der alten Zeit, und für sie gilt etwas anderes. Auf die verfassungsmäßigen Garantieen lege ich kein entscheidendes Gewicht; sie bestanden auch später, ohne daß sie dem Uebel hätten Einhalt thun können, zum besten Beweise, daß ein anderes Moment den Ausschlag gab. Es war der Geist der alten Zeit. Wenn ein schlechter Geist sie beseelt, sind alle rechtlichen Formen lahm

421) De leg. 3 c. 10. Sed iniqua est in omni re accusanda praetermissis bonis malorum enumeratio vitiorumque selectio. Nam isto quidem modo vel consulatus vituperabilis est, si consulum, quos enumerare nolo, peccata collegeris.

421a) Die Worte sind oben als Motto dieses Paragraphen benutzt.

und unwirksam; wenn die Partheilichkeit und Bestechlichkeit zu Gericht sitzt, werden die besten Gesetze der Willkür nicht steuern. Darum möge man auch für die alte Zeit immerhin die Garantieen, welche die Verfassung gewährte, namhaft machen — aber nur als äußere Mittel, die erst in Verbindung mit dem Geist, der die alte Zeit erfüllte, ihren Zweck erreichen konnten.

Diese verfassungsmäßigen Garantieen lagen theils in der den Beamten nach Niederlegung seines Amts treffenden Verantwortlichkeit, theils in der Intercession der Tribunen und höheren Magistrate. Jene Verantwortlichkeit beschränkte sich, wie kaum bemerkt zu werden braucht, nicht auf die Verletzung der Verfassung und Uebertretung von Gesetzen, sondern sie erstreckte sich auch auf Handlungen und Unterlassungen, die dem Interesse des Staats widerstrebten, mochten sie äußerlich auch noch so legal sein.[422]) Das Intercessionsrecht der dem Rang nach gleichen oder höheren Magistrate gehört zu den merkwürdigsten Eigenthümlichkeiten der römischen Verfassung. Dem rein Negativen, der hemmenden Kraft ist mittelst ihrer ein Einfluß zugestanden worden wie nirgends anders, und es läßt sich erwarten, daß dies Mittel in der Regel seinen Zweck, das entschieden Schlechte zu verhindern, erreicht haben wird — wenigstens innerhalb der Stadt Rom. Eher früge es sich, ob dasselbe nicht umgekehrt einen lähmenden Einfluß ausgeübt, manches Gute verhindert habe. Es hing begreiflicherweise alles von dem Geiste ab, in dem dies Recht geübt ward. Ward das Veto, wie es im Sinn der Verfassung lag, nur als ein Schutzmittel gegen absolut verwerfliche Maßregeln gehandhabt, so konnte darin eine Gefahr für die Selbständigkeit der Magistrate nicht erblickt werden, im entgegengesetzten Fall, wenn also eine bloße Meinungsverschiedenheit oder gar die Chikane sich der Intercession bedient hätte, würde dies Mittel den Ruin aller Selbständigkeit der Magistrate enthalten

422) E. Laboulaye, Essai sur les lois criminelles des Romains, concernant la responsabilité des magistrats. Paris 1845.

haben, und das Uebel, das in ihm selbst gelegen, wäre größer gewesen, als das, gegen welches es hätte helfen sollen.[422a]) Es ist bekannt, daß das Mittel nach Einer Seite hin nicht selten zu einem ihm an sich fremden Zwecke gemißbraucht wurde, nämlich von den Tribunen, um durch Einspruch gegen nothwendige Maßregeln z. B. eine Aushebung, Ausschreibung der Kriegssteuer politische Concessionen zu ertrotzen,[423]) allein, daß im übrigen die ganze Einrichtung der Selbständigkeit der Magistraturen Eintrag gethan, läßt sich meiner Ansicht nach nicht behaupten. Es begreift sich dies auch sehr wohl. Eine leichtsinnige Benutzung des Veto enthielt nicht weniger einen Mißbrauch der Amtsgewalt und zog nicht weniger Verantwortung und Strafe nach sich als ein tadelnswerther Gebrauch der positiven Befugnisse.[424]) Sodann aber war eine Intercession auch factisch nicht so leicht, wie man sich vorstellen könnte.[425]) Sie warf dem Magistrat, gegen den sie gerichtet war, den Fehdehandschuh hin, und ohne Noth entschloß man sich schwerlich zu einem so gehässigen, Aufsehen erregenden Schritt. Ein leichtsinniger Intercedent hatte der öffentlichen Meinung gegenüber keinen leichteren Stand als jeder andere

---

422a) Dieselbe Bewandtniß hatte es mit manchen andern Befugnissen, und die Zeit des Verfalls hat es an eklatanten Fällen ihres Mißbrauchs nicht fehlen lassen, eines Mißbrauchs, der von der andern Seite wohl durch offene Nichtachtung des Gesetzes beantwortet wurde (Sueton. Jul. Caesar 20. Cic. ad Att. 4, 2. §. 4). Beispiele: Mißbrauch des servare de coelo und obnuntiare (vitiare diem Cic. ad Att. 4, 9). Cic. ad Att. 4, 3, 3. de domo 15, 39, 40. de har. resp. 23. 48. Sueton. cit. Verhinderung des Senats an der Abstimmung durch diem dicendo consumere, Cic. ad Att. 4, 2, §. 4, und selbst an der Verhandlung id. 1, 18, §. 7. 3, 24, §. 2. Chikanense Ausführung des Auftrags, einen Dictator zu ernennen Liv. 8, 12; epit. 19.

423) So verhinderten sie sogar fünf Jahre lang (379—383) die Wahl der patricischen Beamten, um die Zulassung der Plebejer zum Consulat zu erzwingen. Liv. 6, 35.

424) S. z. B. Liv. 5, 29.

425) Man sehe z. B. Vellej. Paterc. 2, 44: Bibulus, collega Caesaris, cum actiones ejus magis vellet impedire, quam posset (d. h. er wagte es nicht) majore parte anni domi se tenuit.

Beamte bei seinen positiven Maßregeln, es kam nicht bloß darauf an, den Widerspruch zu erheben, sondern auf ihm zu beharren; ein unmotivirter Widerspruch konnte seinem Urheber die Demüthigung eintragen, ihn selbst wieder zurücknehmen zu müssen.[426]) Auch hier also war die Gewalt in Wirklichkeit nicht so gefährlich, als sie in ihrer abstracten Gestalt den Anschein hat.

Ich habe gesagt, daß ich auf die beiden bisher besprochenen verfassungsmäßigen Garantieen gegen den Mißbrauch der Amtsgewalt nicht das entscheidende Gewicht lege. Die beste Garantie lag vielmehr außerhalb der Verfassung — in dem Geist der Zeit, dem Charakter des Volks, den Verhältnissen und thatsächlichen Gewalten des römischen Lebens. Ich will hier nicht wiederholen, was ich schon oben (S. 142) bei Gelegenheit des Privatrechts ausgeführt habe; ein jeder wird sich sagen können, daß alles dort Gesagte in verstärktem Maße auf den vorliegenden Fall Anwendung findet. Was von der rein privatrechtlichen Gewalt galt, die der Einzelne aus eigenem Recht hatte, und die sich im Innern des römischen Hauses verbarg, um wie viel mehr mußte es gelten von der öffentlichen, die ihm nur zur Verwaltung anvertraut war und sich stets im vollen Licht der Oeffentlichkeit bewegte, bei allen ihren Schritten der Controle und Kritik der Mit- und Nachwelt ausgesetzt,[426a]) von allen Seiten zugänglich und durch Einflüsse, Rücksichten aller Art temperirt.[427]) Frei dem Recht

426) Liv. 45, 21 .... persaepe evenisset, ut .. qui ad intercedendum venissent, desisterent victi auctoritatibus suadentium legem. Liv. 31, 6 laceratusque probris in senatu tribunus plebis. 31, 20 victus consensu patrum tribunus cessit. 39, 5 victus castigationibus tribunus. Bei Liv. 4, 60 legten die Tribunen ihr Veto ein gegen die Ausschreibung der Kriegssteuer, allein es ward ihnen hier die Beschämung zu Theil, daß bei Arm und Reich spreto tribunitio auxilio certamen conferendi (tributi) est ortum. Es vergingen mitunter viele Jahre, ohne daß sich ein Intercessionsfall ereignete. Liv. 9, 33.

426a) Insbesondere auch die Aussicht auf die Demüthigung, daß der Nachfolger im Amt die getroffenen Maßregeln zurücknehmen werde, s. z. B. Liv. 9, 30, wo dies mit hartem Tadel geschah.

427) Selbst durch den Einfluß der Familienverhältnisse z. B. durch die

nach, war der Beamte umgeben von einer unsichtbaren Gewalt, die ihn am Guten nicht hinderte, aber bei jedem Versuch zum Schlechten zurückhielt. In dieser unsichtbaren Gewalt und in dem Geist der Vaterlandsliebe, Selbstverleugnung, Achtung gegen das Althergebrachte u. s. w., den man bei dem Magistrat voraussetzen mußte und konnte, steckte das beste Theil der römischen Verfassung, und erst sie machten sie zu dem, was sie war. Abstrahiren wir von ihnen, halten wir uns lediglich an den äußern Mechanismus der Verfassung, an das formelle Recht, dann freilich muß uns diese Verfassung als eine der unvollkommensten erscheinen, die es je gegeben hat, und die schlechteste von unsern modernen Constitutionen würde sie unendlich übertreffen. Wüßten wir es sonst nicht schon zur Genüge, so könnten wir uns hieraus die Lehre entnehmen, daß der Werth einer Verfassung nicht durch die Planmäßigkeit und Vollendung ihrer Mechanik, sondern durch den Geist bedingt ist, in dem sie gehandhabt wird. Dieser Geist ist bekanntlich durch kein Gesetz zu bannen oder zu gestalten, denn er ist das Volk und die Zeit selber. Wo er der rechte ist, hat die Gesetzgebung leichtes Spiel, und so war es in der guten Zeit des römischen Freistaats. Das Gesetz brauchte den Beamten nicht zu unterweisen, was der rechte Gebrauch sei, unter welchen Voraussetzungen er sich dieses und jenes Rechts zu bedienen habe — er mußte es wissen und wußte es.

Die Behauptung, daß das geschriebene Recht, sowohl was die Zahl als den Inhalt der Gesetze anbetrifft, in Bezug auf diesen Punkt äußerst dürftig war, wird schwerlich auf Widerspruch stoßen. Es ist bereits früher (S. 45) darauf hingewiesen

---

patria potestas (Val. Max. 5, 4, 5. 5, 8, 3. Liv. 2, 41) die Agnaten und Gentilen (s. z. B. Anm. 333). Selbst der Pontifex maximus ward durch die Volksstimme gezwungen, sich über angebliche Hindernisse des geistlichen Rechts hinwegzusetzen. Liv. 9, 46 coactus consensu populi. Ein Censor mußte sogar der öffentlichen Meinung, die er durch einen Willkürakt gegen sich aufgebracht hatte, die Concession machen, sein Amt niederzulegen. Liv. 9, 29.

worden, daß die Tendenz nach Fixirung und Objectivirung des Rechts ſich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts überhaupt in unendlich geringerem Grade bethätigt hat als auf dem des Privatrechts. Den Grund davon dürfen wir theils in der bereits an jener Stelle angegebenen innern Verſchiedenheit zwiſchen beiden Rechtstheilen erblicken, theils aber auch in den ganz beſonderen Verhältniſſen der römiſchen Verfaſſungsgeſchichte, namentlich in dem Dualismus des Patricier- und Plebejerthums. Nach und nach fand ſich in der römiſchen Verfaſſung das Verſchiedenartigſte zuſammen, Reſte aus der Königszeit mit Inſtitutionen von rein republikaniſchem Gepräge, ariſtokratiſche und demokratiſche Ideen, drei verſchiedene Volksverſammlungen, kurz ein höchſt buntſcheckiges Gemiſch. Es wäre für die Geſetzgebung eine äußerſt ſchwierige Aufgabe geweſen, das Ineinandergreifen aller dieſer Gewalten und ihre Competenzverhältniſſe nach Art eines Uhrwerks genau zu beſtimmen, und vorzüglich bei Einführung neuer Gewalten die Rückwirkung, welche die Aenderung auf das Ganze ausüben mußte, im voraus zu überſehen und zu reguliren. Abgeſehen von dem mit dem Sturz des Decemvirats wieder beſeitigten ſtaatsrechtlichen Syſtem der XII Tafeln haben die Römer es nie verſucht, ihre Verfaſſung in ihrem Geſammtzuſammenhang legislativ zu formuliren. In Bezug auf die Magiſtratur begnügte die Geſetzgebung ſich damit, ſie hie und da zu beſchränken (z. B. hinſichtlich der oft wiederholten Beſtimmung über die Provocation an die Volksverſammlung, hinſichtlich des Maßes der multa u. ſ. w.), bei Einführung neuer Gewalten aber that ſie kaum etwas mehr, als daß ſie ihnen ſo zu ſagen das nackte Leben gab. Wie ſie in das Ganze einzugreifen, wie ſie ſich zu ihrer Umgebung zu ſtellen und ihre Gewalt zum Beſten des Staats zu verwenden hatten, alles das blieb ihnen ſelbſt d. h. dem Takt ihrer Träger, der Macht der Umſtände und der Praxis überlaſſen. Gegenüber der Fülle und Vielſeitigkeit ſtaatsrechtlicher Entwickelung in Rom ſchwindet daher der Stoff, den die Geſetzgebung dazu lieferte, auf ein Minimum zuſammen; aus den ſchwächſten von ihr ge-

nährten Keimen entwickelten sich unter dem Einfluß des Lebens die mächtigsten Bildungen, so z. B. vor allen bei der Censur, wo die Römer selbst auf diesen Gesichtspunkt aufmerksam machen.[428])

Man wird mir entgegnen, daß das Gewohnheitsrecht hier wie so oft die Lücken des ungeschriebenen Rechts ergänzt habe. Mit diesem Einwande berühre ich einen Punkt, der für die richtige Einsicht in das römische Staatsrecht überhaupt, so wie die Stellung der Magistrate insbesondere von der äußersten Wichtigkeit ist und bei dem ich der herrschenden Ansicht auf's entschiedenste entgegentreten muß. Der Fehler, den letztere begeht, besteht darin, daß sie Sitte und Herkommen (mos, mores majorum) mit Gewohnheitsrecht verwechselt. Das gewohnheitsrechtliche und gesetzliche Recht unterscheiden sich bekanntlich nur durch die Art ihrer Entstehung, ihre verbindende Kraft ist aber ganz dieselbe, eine Uebertretung enthält bei beiden eine Illegalität und bewirkt Nichtigkeit. Dem Gewohnheitsrecht geht aber ein Zustand der Unbestimmtheit voraus, den ich bereits früher geschildert und mit dem Namen der Sitte belegt habe. Dieser Zustand, der für die Normen, die sich zu eigentlichem Gewohnheitsrecht verdichten, nur als vorübergehende Entwickelungsphase vorkommt, bleibt für manche andere ein dauernder, sie kommen nie über ihn hinaus.

Dem Gewohnheitsrecht gegenüber erscheint die Sitte als etwas Unvollkommenes, noch nicht Fertiges, aber in dieser Unvollkommenheit liegt zugleich ein eigenthümlicher Vorzug derselben vor dem Gewohnheitsrecht. Für gewisse Verhältnisse ist gerade sie das allein zutreffende, da nämlich, wo zwar die Beobachtung einer gewissen Norm die Regel bilden, die Möglichkeit einer motivirten Abweichung von derselben aber offen bleiben muß. Es ist also nicht Zufall, daß gewisse Normen stets im Stadium der

428) Liv. 4, 8 .. rei a parva origine ortae, quae deinde tanto incremento aucta est, ut morum disciplinaeque Romanae penes eam regimen, senatus equitumque centuriae decoris dedecorisque discrimen sub ditione ejus magistratus, publicorum jus privatorumque locorum vectigalia populi Romani sub nutu atque arbitrio essent.

Sitte verharren; ſie würden ihre eigenthümliche Brauchbarkeit einbüßen, ſowie ſie zu eigentlichen Rechtsſätzen erſtarrten. Dieſe Bemerkung bezieht ſich ebenſowohl auf die Verhältniſſe des öffentlichen Rechts, als auf die des Privatrechts, und gerade das Beiſpiel des ältern Rom (wie aus der Gegenwart das von England) iſt recht geeignet, uns die Bedeutung der Sitte für das öffentliche Recht zu veranſchaulichen. In dem conſervativen Element des römiſchen Charakters lag es begründet, daß man den ſtaatsrechtlichen Vorgängen, Präcedentien (exempla majorum) einen großen Einfluß einräumte,[429]) und daß ſich folglich leicht eine ſtaatsrechtliche Praxis ausbildete. Hatte ſchon die Praxis für die Civilrechtspflege nicht ſchlechthin verbindliche Kraft (ungeachtet der Grundſatz der Gleichheit, wie oben bemerkt ward, für ſie eine ganz andre Bedeutung hat, als für die Verwaltung), ſo konnte dies für die Verhältniſſe des öffentlichen Rechts noch weniger der Fall ſein. Allerdings gab es dort wie hier gewiſſe Einrichtungen, Regeln u. ſ. w., die, ohne durch Geſetz vorgeſchrieben zu ſein, doch von der Praxis unabänderlich zur Anwendung gebracht

429) Es iſt eine gewaltige Uebertreibung, wenn in der Geſchichte der Römer von Gerlach und Bachofen Bd. 1, Abth. 2, S. 208: „die Präcedentien zur einzigen Grundlage des ſpätern Zuſtandes und zur einzigen Norm ſeiner Beurtheilung" erhoben werden. Wäre ein ſolcher Zuſtand irgendwo denkbar, ſo verdiente das Volk, bei dem er ſich fände, nur mit einer Schafheerde, die dem Hammel nachſpringt, verglichen zu werden. Bisher möchte dies Volk nur einem Verehrer des abſoluten Stillſtandes in nächtlichen Viſionen erſchienen ſein, daſſelbe aber nach Rom zu verſetzen, müßte Einem, der etwas von Rom gehört hat, meine ich, ſelbſt im Schlaf nicht möglich ſein. Was hieße denn jener Götzendienſt mit Präcedentien anders als der ſündhafteſte Quietismus, die ſchmählichſte Apathie, die blinde Unterordnung der Einſicht aller folgenden Zeiten unter das Urtheil der erſten und zugleich letzten ſelbſt denkenden Perſon — des Präcedentien-Adams? Beiſpiele des Gegentheils ſ. Liv. 31, 9 toties ante ... de pecunia certa, ii primi de incerta; 31, 48, 49; 7, 16: novo exemplo; patres ... auctores fuerunt; 8, 16 petitum a consulibus, ut extra sortem Corvi ea provincia esset; ebenſo 10, 24 omnes ante se sortitos; 8, 23, 26 i. f. prorogatio imperii non ante in ullo facto; 9, 30 .. quod traditum ab antiquis erat; 10, 37 novo exemplo; 45, 21 u. a.; ſ. u. Note 435 fl.

wurden, aber es würde verkehrt sein, dasselbe von allen Sätzen der Praxis anzunehmen. Wir unterscheiden vielmehr auch für das Staatsrecht das eigentliche Gewohnheitsrecht (z. B. Unfähigkeit der Frauen zur Bekleidung von Staatsämtern, Nothwendigkeit der Beachtung der Auspicien, rechtliche Unmöglichkeit einer Volksversammlung ohne Berufung von Seiten eines Magistrats u. s. w.) und die bloße staatsrechtliche Sitte und Praxis.

Die Stellung des Magistrats der Praxis gegenüber war weder eine freie noch völlig unfreie. Keine völlig freie, denn die stillschweigende Erwartung, unter der ihm seine Gewalt anvertraut war, war die, daß er, wenn keine besonderen Gründe zu einer Abweichung vorlägen, die bisherigen Bahnen innehalte. Keine völlig unfreie, denn es war seinem Ermessen überlassen, diese Bahnen aus gerechten Gründen ausnahmsweise zu verlassen.[430]) Es lag in der Weise der Römer, daß dies nur aus den dringendsten Gründen geschah; eine unmotivirte, leichtsinnige Abweichung von der bisherigen Sitte war in alter Zeit eine große Seltenheit und erregte beim Volk vielleicht kaum geringern Anstoß als eine Verletzung der Gesetze.[431])

---

430) Dies möchte ich namentlich gegen Laboulaye a. a. O. S. 73 einwenden, der im übrigen das Verhältniß treffend charakterisirt. En droit le magistrat était tout-puissant; mais la coutume l'emprisonait dans un cercle de précédents, dont il lui était comme impossible de sortir. Free by law, slave by custom: cette devise du citoyen anglais était aussi celle du magistrat romain, qui se glorifiait de son respect pour la tradition et considérait la coutume comme une des bases les plus solides de l'État.

431) So ward es z. B. von Tarquinius Superbus stets als Zeichen seiner despotischen Gesinnung angeführt, daß er die Zuziehung eines consilium bei der Fällung von Straferkenntnissen unterlassen. Mit dieser Zuziehung hatte es aber keine andere Bewandtniß als mit der des Verwandtenraths bei Ausübung der Strafgerichtsbarkeit von Seiten des Vaters. Unter denselben Gesichtspunkt fällt meiner Meinung nach auch der Vorwurf, den man ihm so wie den Decemvirn machte, daß sie sich über die Sitte, den Senat zusammenzuberufen, hinweggesetzt hätten. — Die in der ersten Auflage für

Es war nun Sache des Beamten im einzelnen Fall zu prüfen, ob es räthlicher, dem Wohl des Staats zuträglicher sei, das Herkommen zu verlassen oder zu befolgen. Dies erforderte eine sorgsame Abwägung der individuellen Verhältnisse. Denn es konnte ihm nicht entgehen, daß das innere Gewicht der in der bisherigen Praxis befolgten Normen ein sehr verschiedenes war. Manche mußten ihm mehr als löblicher Brauch erscheinen, der so und anders sein konnte (wie z. B. die Reihenfolge der Abstimmung im Senat), andere hingegen als Ausdruck politischer Nothwendigkeit (z. B. Befolgung der Beschlüsse des Senats). Es war mithin auch das Gegengewicht der Gründe verschieden, die von der andern Seite in die Wagschale geworfen werden mußten, um hier und dort eine Abweichung zu rechtfertigen. Begreiflich, daß hierbei die Individualität des Beamten, seine Aengstlichkeit oder Entschlossenheit, seine politische Richtung und Ansicht vom größten Einfluß waren. Immer aber mußte er sich sagen, daß die Abweichung von der Sitte ein Schritt sei, der Aufsehn mache und der Rechtfertigung bedürfe, und daß ihn, auch wenn er nach bester Ueberzeugung gehandelt habe, Tadel und demnächst Anklage und Strafe treffen könne. Wer von ächter Vaterlandsliebe beseelt war, ließ sich durch solche persönliche Rücksichten allerdings nicht abhalten, aber ohne Noth, ohne entschiedenes Uebergewicht auf der andern Seite trat auch er nicht mit der bisherigen Sitte in Widerspruch. So war es möglich, daß manche Normen Jahrhunderte lang ausnahmslos beachtet wurden, bis eine ungewöhnliche Complication der Verhältnisse einen entschlossenen Magistrat veranlaßte sich hierin von der Praxis loszusagen. Hätte letztere absolut verbindende Kraft gehabt; so würde eine solche Handlung eine Illegalität enthalten haben, wozu der Magistrat ohne die Autorität des Senats sich sicherlich nicht entschlossen haben würde. Die Art, wie die römischen Schriftsteller der-

den im Text entwickelten Gegensatz zwischen Recht und Sitte in Bezug genommene Unterscheidung von Cic. ad fam. 1, 9, 25: necesse esse und opus esse hatte wohl eine andere Bedeutung, s. IV. 226, Note 313.

artiger Beispiele gedenken, so wie die Umstände, unter denen sie vorkamen, zeigt, daß eine solche Auffassung den Römern fremd war.

Es kommt jetzt darauf an, die bisher entwickelte Ansicht zu beweisen. Man könnte versucht sein, ihr die allgemeinen Aussprüche der Römer über die mos und mores majorum, z. B. daß die mos als Gesetz beachtet werde, entgegen zu setzen. Wie wenig dieser Einwand zu bedeuten hat, möge der Umstand zeigen, daß mos nicht bloß das Gewohnheitsrecht, sondern auch die Sitte in unserm obigen Sinn bezeichnet.[433]) Der einzige Weg, der zum Ziele führen kann, ist der, daß man die römische staatsrechtliche Praxis selber in's Auge faßt, und dies soll im folgenden wenigstens insoweit geschehen, um zu zeigen, was sich auf diesem Wege erreichen läßt.

Es war entschieden gegen das Herkommen, daß die Magistrate bei Abhaltung der Comitien zum Zweck der Wahl ihrer Nachfolger sich selber ihr Amt prolongiren ließen, allein während des punischen Krieges setzte sich ein Consul in bester Absicht über dies Bedenken hinweg, und seine Handlungsweise fand allgemeine Billigung.[435]) Dem Herkommen nach konnte nur der Consul

433) Einrichtungen socialer Art, Sätze der traditionellen römischen Moral u. s. w. werden ebensowohl auf die mos gestützt als Einrichtungen rein rechtlicher Art. Bei einer so bekannten Sache bedarf es kaum der Zeugnisse; beispielsweise verweise ich auf Cic. de leg. 2, 24, §. 61; de offic. 1, 35, §. 129, 2, 19, §. 66. Gellius 5, 19, §. 15. Dürfte man auf das durch Servius und Macrobius uns aufbewahrte Zeugniß des Varro Gewicht legen, so würde gar mos nur die Sitte in unserem Sinn, consuetudo aber die Steigerung derselben zum eigentlichen Gewohnheitsrecht ausdrücken. Serv. ad Aeneid. 7, 601: morem esse communem consensum omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit. Ebenso Arnobius adv. gent. 2, 21 fiet familiaris e more consuetudo in naturam versa. Macrob. Saturn. 3, 8, morem praecedere, sequi consuetudinem . . perseverantiam consuetudinis . . . cultus moris, quod est consuetudo.

435) Liv. 24, 9. Tempus ac necessitas belli ac discrimen summae rerum faciebant, ne quis aut in exemplum exquireret etc.

einen Dictator ernennen; die Augurn aber verstatteten es auch den Militärtribunen.[436]) Nur der Senat sollte einen Triumph bewilligen; als er aber aus Chikane dem Postumius den verdienten Triumph verweigert hatte, decretirte dieser ihn sich selbst, und ein Theil der Tribunen unterstützte ihn.[437]) Die Tribunen machten gleich den mit imperium versehenen Magistraten das Recht geltend während der Dauer ihres Amts nicht vor Gericht gezogen zu werden, und das Herkommen hatte sich allerdings dahin gebildet; allein in einzelnen Fällen, wo ein Tribun sich in höchst verwerflicher Weise auf dies Privilegium berufen, ließen seine eigenen Collegen ihn im Stich und decretirten, daß das Herkommen hier nicht beachtet werden solle.[438]) Hinsichtlich der Abstimmung im Senat war seit altersher eine bestimmte Ordnung hergebracht, allein dies hinderte nicht, daß manche Consuln sich darüber hinwegsetzten.[439]) Ebenso nahm der Senat, wo es nöthig schien, keinen Anstand, das Herkommen zu verlassen,[440]) ja selbst der Pontifex maximus mußte sich auf Wunsch des Volkes mit widerstrebendem Herzen dazu entschließen.[441]) Eine unmotivirte Abweichung vom Herkommen, eine eigentliche Mißachtung desselben erregte in Rom die größte Mißbilligung, allein selbst bei der schärfsten Kritik ward die Anklage doch nicht auf die Rechtswidrigkeit der Handlung gestellt, wenigstens von Seiten solcher Schriftsteller, welche die Sache kannten und einen ungenauen

436) Liv. 4, 31.

437) Liv. 10, 37, novo exemplo.

438) Val. Max. 6, 1, 7. 6, 5, 4.

439) Gell. 14, 7. §. 9. In dem Fall, von dem Gellius spricht, geschah es per ambitionem gratiamque, allein das Recht dazu ward gleichwohl auch hier dem Consul nicht bestritten.

440) Val. Max. 2, 7. §. 15, tribuno plebis adversante, ne adversus morem majorum animadverteret. Liv. 7, 16; 24, 9; 31, 6 u. 8; 39, 39.

441) Liv. 9, 46, quum more majorum negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare.

Ausdruck vermieden.[442]) Daß andere Schriftsteller das Herkommen und die Praxis leicht mit dem Recht verwechseln konnten, liegt auf der Hand, und es wäre daher ein Wunder, wenn sich nicht unter den Berichterstattern manche bloß hierdurch veranlaßte Differenzen über staatsrechtliche Fragen finden sollten. Wo namentlich griechische Berichterstatter, wie Polybius, Dionysius, Plutarch eine rechtliche Verpflichtung annahmen,[443]) wußte der mit der altrömischen nationalen Anschauungsweise vertrautere einheimische Schriftsteller, daß eine solche nicht existire; was dem einen als Rechtsverletzung erschien, darin fand der andere eine wenn auch anstößige, tadelnswerthe, doch aber formell legale Handlung. Ich brauche nicht zu bemerken, wie gerade diese Differenz zwischen den Berichterstattern die Richtigkeit meiner ganzen Auffassung bestätigt. An dieser Differenz, oder allgemeiner an dem Eindruck der Unbestimmtheit, Zweifelhaftigkeit u. s. w., der uns auf dem Gebiete des römischen Staatsrechts keinen Augenblick verläßt, zeigt sich deutlich, daß hier die Sitte, deren Wesen ja gerade die Unbestimmtheit ist (S. 35), ihr Spiel treibt.[444])

---

442) z. B. Cic. in Vat. c. 14, §. 33 in omni memoria omnino inauditum. Liv. 45, 21 novo maloque exemplo.

443) So z. B. hinsichtlich der Frage, ob der Consul ohne einen Senatsbeschluß Gold aus dem Aerar nehmen dürfe. Polyb. 6, c. 12. §. 5, c. 15. §. 4. Zonar. 7, 13. Da unsere neueren Schriftsteller den im Text angegebenen Gesichtspunkt nicht beachtet haben, so setzt sich auch unter ihnen, wie bei dieser Frage (Rubino Untersuchungen, S. 178. Becker Handbuch der röm. Alterth. Bd. 2 Abth. 2. S. 110), so bei vielen andern die Differenz fort; alle Bemühungen, die scheinbaren Widersprüche der Quellen zu vereinigen, werden hier so lange erfolglos bleiben, bis man sich entschließt, den obigen von mir aufgestellten Gesichtspunkt zu Grunde zu legen und zu verwerthen.

444) Es wäre ein verdienstliches Unternehmen, anstatt wie bisher bei der Bearbeitung des römischen Staatsrechts sich durch den Zweck leiten zu lassen, überall bestimmte und sichere Grundsätze zu gewinnen, umgekehrt einmal die Controversen desselben zu constatiren. Es ist mir hier nicht möglich, das Material, das ich mir gesammelt, mitzutheilen, ganz abgesehen davon, daß es bei weitem nicht vollständig genug ist. Aber ich kann auf Grund desselben Jedem, der sich zu einer solchen Arbeit entschließen wird, im voraus eine sehr reiche Ausbeute in Aussicht stellen.

Es gab in Rom eine Gewalt, an der die Macht der Sitte sich wie an keinem andern Punkt bethätigte, den römischen Senat,[445]) und unsere Aufgabe bringt es mit sich, daß wir sein Verhältniß zu den Magistraten, namentlich den Consuln der Prüfung unterwerfen. Daß dem Rechte nach der Senat nur eine rein berathende Behörde war und nicht über, sondern unter den Consuln stand, darüber würde wahrscheinlich gar kein Zweifel herrschen, wenn hier nicht wiederum die Gestaltung, die dies Verhältniß in der Sitte gewonnen hatte, irre geleitet hätte. Die Formen, in die der Senat seine Beschlüsse einkleidet,[446]) sollten allein schon auf den rechten Weg weisen, und außerdem fehlt es nicht an historischen Thatsachen und Aeußerungen der Römer, die jenes Verhältniß der Senats in's klarste Licht setzen.[447]) Es begreift sich aber, daß das Gutachten und der Antrag einer Körperschaft, die aus den durch ihre soziale Stellung, politische Einsicht und Erfahrung hervorragendsten Männern bestand, für die Beamten sowohl wie für das souveräne Volk eine hohe moralische Autorität haben mußte. Ganz abgesehen davon aber genügte schon das eigene Interesse, um den Consul zu bestimmen, alle

---

445) Fast alle Normen, die sich in Bezug auf den Senat entwickelt haben, fallen meiner Ansicht nach Praxis und Sitte anheim, z. B. die Verpflichtung zur Berufung des Senats, zur Einhaltung einer bestimmten Reihenfolge bei der Abstimmung, die Wirkung der senatus autoritas, daß letztere den Beamten, welcher ihr gefolgt war, gegen eine Anklage vor dem Volk sicher stellte u. s. w.

446) Senatui placere, videri, senatum existimare, arbitrari, aequum censere etc. Brisson. de voc. ac form. lib. II, c. 73—78. Daher auch der Beschluß selbst: Senatus consultum.

447) z. B. Dionys. excerpta 16, 16, wo der Consul einen Senatsbeschluß mit den Worten zurückwies: *οὐ τὴν βουλὴν ἄρχειν ἑαυτοῦ, ἕως ἐστὶν ὕπατος, ἀλλ' αὐτὸν τῆς βουλῆς*, ferner solche Scenen, wie z. B. bei Val. Max. 6, 2. 2. 9, 5. 1, 2, wo der Senat sich dem Consul gegenüber aufs Bitten legte, und letzterer ihn nicht einmal einer Antwort würdigte, oder der Consul in der Sitzung des Senats an ein Mitglied Hand anlegen ließ. S. außerdem die von Rubino Untersuchungen u. s. w. S. 145 u. 146 beigebrachten Stellen.

wichtigen Maßregeln mit dem Senat zu berathen und ein möglichst gutes Vernehmen mit ihm zu unterhalten, um an ihm dem Volk gegenüber einen moralischen Rückhalt zu haben. Konnte er bei Maßregeln, die voraussichtlichermaßen auf Widerstand stoßen würden, sich die Zustimmung des Senats verschaffen,[448]) so lenkte er nicht bloß das Gehässige derselben[449]) so wie die Gefahr einer demnächstigen Verurtheilung[450]) von sich ab, sondern die Maßregel selbst fand von vornherein eine ganz andere Aufnahme, als wenn er einseitig aus eigener Machtvollkommenheit sie verhängt hätte. Dazu kommt ferner, daß die Bewilligung der Provinzen, Legionen, Triumphe u. s. w. vom Senat abhing, ein ehrgeiziger Magistrat also allen Anlaß hatte, sich den Senat geneigt zu machen. So begreift es sich, daß die Senatsbeschlüsse in der Regel bei dem Consul dieselbe Beachtung fanden, wie in der Kaiserzeit die orationes principis beim Senat, und daß dem Effect nach der Senat eine der einflußreichsten staatsrechtlichen Gewalten war, ungeachtet er der Form, der abstractrechtlichen Stellung nach eine bloß berathende Stimme hatte. Man darf aber die Sache nicht so ansehen, als ob das abstractrechtliche Moment hier ein Begriff ohne alle praktische Realität gewesen, ein Moment, das bei der staatsrechtlichen Charakteristik des Senats außer Acht gelassen

448) Aus demselben Grunde fühlte sich der Senat veranlaßt, Fragen, die er verfassungsmäßig allein entscheiden konnte, an das Volk zu bringen. S. z. B. Liv. 5, 36. Itaque ne penes ipsos culpa esset . . . , cognitionem . . ad populum rejiciunt und 7, 20. 9, 30. Rubino a. a. O. S. 273, 274, oder wohl an den Magistrat zur eigenen Entscheidung zurück zu verweisen (rejicere ad magistratum), Liv. 9, 43.

449) Liv. 5, 20 ipsum dictatorem fugere invidiam ex eo; eo delegasse ad senatum. 5, 22 qui ad senatum malignitatis auctores quaerendo rem arbitrii sui rejecisset.

450) Liv. 5, 29. Hier werden zwei Tribunen, die auf Veranlassung des Senats intercedirt hatten, dennoch hinterher verurtheilt, aber wie Livius sagt: pessimo exemplo, und gerade dieser Fall zeigt deutlich, welchen Schutz die Autoritas senatus gewährte. Die Consuln wurden auf's bitterste getadelt, daß sie es gelitten hätten: fide publica decipi tribunos, qui senatus auctoritatem sequuti essent.

werden dürfe. Selbst für die Zeiten, als der Senat den Gipfel seiner Macht erreicht hatte, würde dies nicht zu billigen sein, geschweige für die früheren. Die praktische Realität jenes Moments zeigt sich darin, daß in Wirklichkeit manche Fälle vorkamen, wo die Beamten nicht bloß die wichtigsten Maßregeln ohne Zuziehung des Senats aus eigener Machtvollkommenheit vornahmen, sondern sich auch mit der erklärten Meinung des Senats in Widerspruch setzten, die Beschlüsse desselben mißachteten[451] (non esse in autoritate senatus), ohne daß eine solche Handlungsweise als illegal und nichtig, ja nur einmal schlechthin als tadelnswerth gegolten hätte. Hatte z. B. der Senat sich durch Parteileidenschaft zu seinem Beschluß verleiten lassen,[452] so warf das moralische Uebergewicht der öffentlichen Meinung sich auf Seiten des Beamten, und letzterer trug formell wie moralisch einen Sieg über den Senat davon. Abgesehen hiervon aber hatte derselbe dem Senat gegenüber einen schweren Stand, und bei einer Opposition in schlechter, dem Staat verderblicher Absicht keine Aussicht auf Erfolg.[452a] Denn wenn der Senat gleich rechtlich keine Gewalt über ihn hatte, so fehlte es ihm doch nicht an Mitteln, seinen Willen durchzusetzen. Das nächstgelegene war,[452b] daß er sich der Mitwirkung eines Magistrats versicherte, der vermöge seiner amtlichen Stellung den Widerspenstigen zu zwingen vermochte. In diesem Verhältniß standen z. B. der Dictator und die

451) Beispiele bei Appian. de bello civ. I, 19. Liv. 42, 9. Rubino a. a. O. S. 128. Anm. 3 u. Laboulaye S. 34. 36.

452) Wie z. B. gegen den Postumius. Anm. 437, oder den Metellus, Aur. Vict. de vir. illustr. c. 45 quum per calumniam triumphus ei a senatu negaretur, de sua sententia in Albano monte triumphavit. Liv. 7, 17.

452a) Man vergleiche z. B. den Conflict, den der Consul M. Popillius mit dem Senat hatte. Liv. 42, 8—10, 21, 22.

452b) Ein anderes s. z. B. Liv. 42, 10. Macedoniam decreturos negant, ni de M. Popillio referretur. Postulantibus deinde, ut novos exercitus scribere, ut supplementum veteribus liceret, utrumque negatum est; 7, 17 omnique ope impediebant, ne quid dictatori ad id bellum decerneretur pararetur ve.

Tribunen zu allen Beamten, der Consul zu allen andern mit Ausnahme dieser beiden. War also z. B. der Consul selbst nicht in autoritate senatus, so ward sein College beauftragt, einen Dictator zu ernennen.[453]) Führte dieser den Auftrag aus, so war die Gewalt der Consuln erloschen und damit der Widerstand gebrochen. Führte er den Auftrag nicht aus, oder machte er von Anfang an gemeinschaftliche Sache mit seinem Collegen, so konnte der Senat die Tribunen angehen und dieselben ersuchen, von ihrem Zwangsrecht gegen die Consuln Gebrauch zu machen, um letztere zu der gewünschten Maßregel oder zur Niederlegung ihres Amts (unmittelbar durch Abdication oder mittelbar durch Ernennung eines Dictators) zu zwingen.[454]) Auch sie wie der Consul selbst waren rechtlich nicht verpflichtet, den Auftrag anzunehmen, aber es ist begreiflich, daß sie gern bereit waren es zu thun. Im äußersten Fall blieb dem Senat noch das Mittel, den Beamten für einen Feind des Vaterlandes und damit seines Amtes für verlustig zu erklären.[455]) Abgesehen davon konnte aber der Senat ihn nicht seines Amts entsetzen (bekanntlich konnte dies selbst das Volk nicht) und eignete sich daher der Fall nicht zu einer äußersten Maßregel, und verweigerten die Tribunen ihre Hülfe, so blieb dem Senat nichts übrig, als auf das Ende des Amtsjahrs und auf größere Willfährigkeit der Nachfolger zu hoffen (s. z. B. Note 452a).

Die bisherigen Beispiele mögen genügen, um meine obige Behauptung von der eigenthümlichen Geltung der staatsrechtlichen

453) Liv. 30, 24.

454) Liv. 4, 26: ut dictatorem dicere consules pro potestate vestra cogatis. Der hier erwähnten Aufforderung von Seiten des Senats hatten die Tribunen die Möglichkeit einer Ausdehnung ihrer prensio gegen die Consuln zu verdanken. Liv. 5, 9: et collegae aut facient, quod censet senatus aut si pertinacius tendent, dictatorem extemplo dicam, qui eos abire magistratu cogat. Eine solche gezwungene Niederlegung des Amts wird öfters in den Quellen erwähnt. Liv. 5, 31; 8, 3. epit. 19 u. a.

455) Oder bloß: des Amtes u. Bürgerrechts, wie z. B. bei Appian. de bello civili I, 65.

Sitte zu erläutern und zu beweiſen. Was ich aber nicht beweiſen kann, iſt das quantitative Verhältniß der Sätze der ſtaatsrechtlichen Sitte zu denen des Staatsrechts; ein ſolcher Beweis wäre mit einer Darſtellung des geſammten römiſchen Staatsrechts gleichbedeutend. In dieſer Beziehung muß ich mich alſo auf das bloße Behaupten beſchränken, im übrigen aber auf das Urtheil ſachkundiger Richter provociren. Meine Behauptung aber geht dahin, daß der bei weitem größte Theil derjenigen Normen, die im öffentlichen Leben der Römer zur Anwendung kamen, nicht Staatsrecht, ſondern Staatsſitte geweſen. Dieſer Zuſtand machte es möglich dem wechſelnden Bedürfniß der Zeiten gerecht zu werden, ohne ſtets erſt die Geſetzgebung zu Hülfe zu rufen, ſo wie er es andererſeits dem Hiſtoriker freilich unendlich erſchwert der Bewegung zu folgen, jenes faſt ununterbrochene Wachſen und Abnehmen, Ausdehnen und Zuſammenziehen der verſchiedenen Gewalten, jenes Wogen, Schieben und Stoßen der verſchiedenen Elemente zu ſchildern. Dieſe Biegſamkeit der Sitte, dieſe rechtliche Möglichkeit, publiciſtiſche Normen und Maximen in Fällen, wo ihre Anwendung dem wahren Wohl des Staats widerſtrebt haben würde, ausnahmsweiſe zur Seite zu ſchieben — ſie überhob die Römer jener traurigen Nothwendigkeit, in die wir heutzutage uns ſo oft verſetzt ſehen, nämlich bei einem Conflict zwiſchen den beſtehenden Geſetzen und der Noth des Augenblicks dem Bedürfniß des individuellen Falls zu Liebe entweder das Geſetz zu ändern oder zu übertreten oder aber das ganze Bedürfniß dem Geſetz zu opfern. Wenn es uns bei der Schilderung der privatrechtlichen Verhältniſſe vorzugsweiſe darum zu thun war zu zeigen, wie die Sitte beſchränkend auf die abſtracte Freiheit einwirkte, ſo kam es uns bei dem vorliegenden Gegenſtand umgekehrt darauf an, nachzuweiſen, wie die Sitte trotz ihres beſchränkenden Einfluſſes immerhin der Freiheit noch einen großen Spielraum ließ. Bei jenen Verhältniſſen hat man den Einfluß der Sitte ebenſoſehr zu gering wie bei dieſen zu hoch angeſchlagen. Der Grund dieſer Verſchiedenheit liegt in der Beſchaffenheit unſerer Quellen, nämlich

in der Dürftigkeit derſelben rückſichtlich des rein privatrechtlichen, der Reichhaltigkeit derſelben rückſichtlich des öffentlichen Lebens. Die Juriſten, die das Privatrecht behandelten, ſchloſſen das Element der Sitte mit vollem Recht von der Betrachtung aus. Wer aber das römiſche Staatsrecht darzuſtellen hatte, konnte ſich nicht in gleicher Weiſe auf den abſtract-rechtlichen Geſichtspunkt beſchränken, ſondern mußte das geſammte öffentliche Leben zum Gegenſtand der Darſtellung machen.

Kurz das Staatsrecht war *Geſchichte* und *Statiſtik*, das Privatrecht eine abſtracte *Theorie*. Für jenes beſteht die Aufgabe darin, über der Sitte nicht das abſtracte Recht, für dieſes, über dem abſtracten Recht nicht die Sitte zu überſehen.

Wir haben jetzt die einzelnen objectiven Momente, die zur Charakteriſtik der Magiſtratur nöthig ſind, kennen lernen: die abſtract-rechtliche Freiheit auf der einen, das Maß und die Art ihrer Gebundenheit auf der andern Seite. Aber ein weſentliches Moment zu dieſer Charakteriſtik fehlt uns noch, es iſt das rein ſubjective der Perſönlichkeit des Beamten.

Die meiſten Gewaltverhältniſſe des öffentlichen Rechts laſſen ſich ganz wie die des Privatrechts (S. 140) als weite, elaſtiſche Formen bezeichnen, die der Perſon die freieſte Regung verſtatten und erſt mit und an der Perſönlichkeit ihres Trägers ihren eigentlichen Inhalt bekommen. Sie ſind alſo das gerade Gegentheil von dem, was man in neuerer Zeit ſo gern aus ihnen hat machen wollen, Mechanismen, die von der Perſönlichkeit des Subjects möglichſt unabhängig ſein, bei aller Verſchiedenheit derſelben doch die möglichſt gleichen Reſultate hervorbringen ſollen, enge, feſte, ſtarre Formen und Gehäuſe, die *ſich* nicht der Perſönlichkeit, ſondern denen *ſie* ſich accommodiren ſoll. Jene römiſchen Gewaltverhältniſſe aber, wie ſie den entſcheidenden Accent auf die Perſönlichkeit werfen, von dem freien Schwunge derſelben alles hoffen und erwarten, ſind eben darum in ihren Reſultaten, ja in ihrem jeweiligen Machtgehalt weſentlich von der Perſon abhängig. Sie richten ſich nach der Größe ihres Trägers; weit oder elaſtiſch

genug, um auch dem mächtigsten Charakter die nöthige Ausdehnung zu verstatten, schrumpfen sie zusammen, wie das Kleid in der Sage, am Körper des Kleinen. Dem abstracten Recht nach hätte die Macht einer und derselben Magistratur dieselbe sein müssen, wer sie auch bekleidete, allein in Wirklichkeit richtete sich das Maß dieser Macht wesentlich nach der moralischen Kraft ihres Trägers. Ein schwacher, ängstlicher, zaghafter Charakter in den Besitz dieser Gewalt versetzt wagte es nicht, sie in ihrer ganzen Wucht geltend zu machen, und konnte es auch nicht, denn um dies zu können, bedurfte es eines entschlossenen Muthes und eines festen Armes. Bei einem solchen Träger verliert die Magistratur an Kraft, sie fügt sich, wo sie es nicht nöthig hätte,[457]) vermeidet den Streit, und wo sie ihn dennoch aufnimmt, unterliegt sie. Aber wenn dann einmal wieder ein ganzer Mann, ein eiserner Charakter, ein wahrer Herrscher an dessen Stelle tritt, wie schwillt das Amt an, zu welcher Würde, Gewaltigkeit und Majestät! Rechte, welche seine Vorgänger seit Jahrhunderten nicht mehr gewagt haben zu benutzen, werden der Vergessenheit entrissen,[458]) neue Ansprüche, oder solche, die bisher ohne Erfolg

457) So z. B. bei Liv. 4, 26 die Consuln rücksichtlich des von den Tribunen in Anspruch genommenen jus prensionis; wenn damals andere Männer dies Amt bekleidet hätten, sie würden die tribunitische Anmaßung gewiß verdientermaßen zurückgewiesen haben. — Wie verschieden benutzten manche Consuln die ihnen vom Volk oder Senat ertheilte Autorisation zum Abschluß eines Friedens! Einige schlossen ohne Vorbehalt und ohne vorherige Anzeige an den Senat nach eigenem Gutdünken den Vertrag ab (Beispiele bei Rubino a. a. O. S. 267, 268), andere wagten von ihrer Vollmacht keinen Gebrauch zu machen, sondern behielten dem Volk die schließliche Entscheidung vor. Liv. 30, 43. 44.

458) Ein höchst interessantes Beispiel gewährt hier Liv. 27, 8. Der flamen Dialis hatte von altersher Sitz und Stimme im Senat, allein mehrere Menschenalter hindurch war dies Recht »ob indignitatem priorum flaminum« nicht zur Ausübung gekommen, bis einmal eine geachtete und entschlossene Persönlichkeit diesen Posten bekleidete und es wagte, von jenem Recht Gebrauch zu machen und den Widerspruch, der anfänglich entgegengesetzt ward, besiegte. Mit diesem Einen zurückeroberten Rechte hatte das

erhoben waren, geltend gemacht und durchgesetzt, der Glanz des Amts wiederhergestellt und erhöht, kurz das Amt nimmt einen mächtigen Aufschwung, und noch viele Jahre nachher zehren die Nachfolger von dem Gewinn dieses einen Amtsjahres. Man erinnere sich z. B. der Censur. Was war sie bei ihrer Einführung, was ein Jahrhundert später! Und wodurch? Nicht durch Unterstützung und Beihülfe von Seiten der Gesetzgebung, sondern Alles durch die Macht der Persönlichkeit. Mit jedem großen Charakter, den man mit diesem anfänglich so unbedeutenden Amt bekleidet hatte, dehnte und weitete sich dasselbe, jeder ächte Censor war „Mehrer des Reichs", ein Stück Censur. Kein Gesetz hätte ein solches Institut schaffen können, so wenig, wie es dasselbe zu halten vermochte, als die alten Censoren ausstarben. Das innere Mark des Instituts, in dem seine Kraft und Stärke ruhte, und ohne das es nichts war, kam durch die Censoren selbst hinein, war das Resultat der Unerschrockenheit und Strenge, des sittlichen Ernstes und der eigenen sittlichen Würdigkeit, durch die sie dem Volk imponirt hatten. Wenn wir heutzutage zu sagen pflegen: das Amt macht den Mann, so können wir für die römische Welt den Satz dahin umdrehen: der Mann machte das Amt.[459])

Ich habe oben gesagt, daß die Amtsgewalt sich wesentlich nach der moralischen Kraft ihres Trägers richtete. Am auffallendsten

---

Amt selbst unendlich viel gewonnen. Daß aber lediglich die Persönlichkeit des damaligen flamen den Ausschlag gegeben habe (magis sanctitate vitae, quam sacerdotii jure rem obtinuisse), darüber war, wie Livius berichtet, nur eine Stimme. S. ferner das Beispiel vom Scipio Liv. 38, 55, i. f., von Cäsar Sueton. Caesar 20.

459) Liv. 4, 8 legt den Patriciern bei Einführung der Censur diese Erwägung unter: futurum ... ut mox opes eorum, qui praeessent, ipsi honori jus majestatemque adjicerent. Ein solcher Mann war Cato, und die Rücksicht auf seine Persönlichkeit verschaffte ihm über alle seine einflußreichen Mitbewerber den Sieg (Liv. 39, 40. 41), und er entsprach den Erwartungen (ibid. c. 44). Mitunter artete die Kraft auch wohl in Trotz aus, so z. B. bei Appius Claudius Liv. 9, 33. 34.

zeigt ſich dies an dem Verhältniß der verſchiedenen Staatsgewalten zu einander. Es wird aus dem bisherigen klar geworden ſein, daß daſſelbe ein außerordentlich fruchtbarer Boden für Conflicte der mannigfaltigſten Art ſein mußte. Denn die Machtgebiete der einzelnen aus ſo heterogenen politiſchen Elementen gebildeten Gewalten durchkreuzten ſich in ſeltſamer Weiſe, die Gränzen waren vielfach ſehr unbeſtimmt, und ſelbſt der Beſitzſtand, ſoweit er ſich auf ſtillſchweigende Convention und Herkommen ſtützte, ſchloß nicht die Möglichkeit einer Erweiterung der Macht auf Koſten anderer Gewalten aus. Dazu kam, daß das Interceſſionsrecht die Befugniß gewährte ſelbſt in das zweifelloſe Gebiet einer andern Macht hinüber zu greifen. Es begreift ſich, daß bei einer ſolchen Verſuchung zu Conflicten[460]) unendlich viel darauf ankam, welche Charaktere ſich einander gegenüberſtanden, und daß je nach Verſchiedenheit derſelben der Ausgang des Conflicts ſelbſt ein verſchiedener war. Einer imponirenden Perſönlichkeit verſtattete man, was man einer andern nie eingeräumt hätte, und Maßregeln, die man gegen letztere unbedenklich ergriff, wagte man gegen erſtere nicht in Anwendung zu bringen. So z. B. ward einſt von zwei Cenſoren wegen einer und derſelben Amtshandlung der eine in Anklagezuſtand verſetzt, an dem andern, der durch ſeine Stellung und Perſönlichkeit imponirte, wagte man ſich nicht zu vergreifen, und nur dem ent-

460) Uebrigens verdient hier die treffende Bemerkung von Laboulaye a. a. O. S. 75 beherzigt zu werden: Ces pouvoirs indépendants, ſagt er, les consuls, les tribuns, le sénat, s'entendaient comme aujourd'hui les chambres et le pouvoir exécutif; les consuls essayaient de se maintenir constamment *in auctoritate senatus*, et le sénat, de son côté, s'efforçait de conserver la bonne intelligence entre les tribuns et les consuls. On était tout-puissant par l'union, mais chacun était sans force dès que l'accord n'existait plus. Il fallait donc à tout prix conserver cette harmonie, et c'est ce qui explique, comment tout se faisait par une suite de transactions, de concessions mutuelles, de tempéraments perpétuels.

schlossenen Auftreten desselben hatte jener es zu verdanken, daß er freigesprochen ward.[461]) So bestimmte sich namentlich auch der Erfolg der Drohung, durch die der eine Magistrat den andern einzuschüchtern versuchte, ganz nach dem Verhältniß der sich gegenüberstehenden moralischen Kraft. Während sie in diesem Fall machtlos war und verlacht ward, erreichte sie dort ihren Zweck.[462]) Bald zwingt mittelst ihrer ein Tribun den Consul, bald wieder ein Consul den Tribun und den eigenen Collegen zum Nachgeben;[463]) bald wird der Drohung von der einen eine Drohung von der andern Seite entgegengesetzt. So sucht ein Dictator die Plebs von ihren Vorsätzen abzuschrecken, indem er ankündigt, daß er eine Aushebung veranstalten und die unruhige Mannschaft aus der Stadt führen werde, und die Tribunen ihrerseits antworten ihm darauf mit einem Plebiscit, wodurch ihm für diesen Fall eine Strafe von einer halben Million auferlegt wird.[464]) Bald wieder wagt der Beamte nicht aus seiner Drohung Ernst zu machen und läßt geschehen, was er verhindern wollte, bald weicht er keinen Schritt zurück und setzt seinen Zweck durch.[465]) Die Censoren hatten bekanntlich das Recht, die Liste des Senats anzufertigen, und es behielt bei ihrer Redaction sein Bewenden. Als diese Liste aber einst nach Gunst und Willkür entworfen war, erklärten die Consuln, daß sie sich nicht daran

461) Aur. Vict. de vir. illust. c. 57: ob quod a populo collega ejus Claudius (nam ipsum autoritas tuebatur) reus factus et quum eum duae classes condemnassent, Tiberius juravit, se cum illo in exsilium iturum; ita reus absolutus est.

462) Man vergleiche z. B. Liv. 4, 26 mit 5, 9; 7, 3 i. f.

463) S. z. B. Florus epit. 2, 2. §. 17. Liv. 2, 56. 4, 26. 38, 54: Cato tribunos auctoritate deterruit, ähnlich der pontifex maximus bei Liv. epit. 19; Liv. 37, 51: Et in senatu et ad populum magnis contentionibus certatum est et imperia inhibita ultro citroque et pignora capta et multae dictae et tribuni appellati et provocatum ad populum est. Religio ad postremum vicit, ut dicto audiens esset flamen pontifici.

464) Liv. 6, 38.

465) Man vergleiche z. B. Liv. 8, 15 mit Vellej. Paterc. 2, 92 und Gell. 6, 9.

binden würden, und griffen zu einer frühern zurück.[466]) Als einst ein Prätor, während er sein Amt verwaltete, sich nicht erhob, indem der Consul Aemilius Scaurus, ein Mann von gewaltigem Charakter, vorüberging, ließ dieser ihm nicht allein das Kleid am Leibe zerreißen und seinen Sessel zerschlagen, sondern er erließ ein Edict, daß Niemand fortan bei demselben Recht suchen solle, das heißt also im Grunde: er nahm ihm das Amt, welches das Volk ihm gegeben hatte.[467]) In den beiden letzten Fällen war die formelle Berechtigung zu einer solchen Maßregel wohl mehr als zweifelhaft.

Ich will die Beispiele nicht mehr häufen, um so weniger da schon unsere frühere Darstellung Gelegenheit hatte, an zwei wichtigen Punkten, dem Herkommen und dem Verhältniß des Magistrats zu dem Senat, die Bedeutung des persönlichen Moments für die Magistratur hervorzuheben. Wir haben damit unser Ziel erreicht und *den Gedanken der Macht und Freiheit als den psychologisch nothwendigen und sittlich berechtigten Ausdruck des Persönlichkeitsgefühls* nicht minder im öffentlichen als im Privatrecht verwirklicht gefunden. Wenn ich den Leser durch den langen Weg, den ich ihn führen mußte, ermüdet habe, so möge mich zweierlei entschuldigen. Einmal, daß jener Gedanke sich als innerster Kern des ganzen römischen Rechtsgefühls bezeichnen läßt, daß er, möge man auf die Verfassung des Hauses oder auf die des Staats sehen, eine Beachtung verlangt wie kein anderer, ja daß alles Andere nur seinetwegen da ist, um *ihn* zu schützen und zu verwirklichen. Sodann aber, daß es zugleich meine Absicht war, in dem Bilde, das ich hier entworfen, einer Zeit wie der unsrigen, die in Wissenschaft und Leben das Recht und die Macht der Persönlichkeit nicht selten so gründlich mißachtet hat, einen Spiegel vorzuhalten, aus dem sie erkennen kann, wie sie ist, und was ihr fehlt. Daß ich nicht

466) Liv. 9, 30.
467) Aur. Vict. de vir. illustr. c. 72.

der Ansicht bin, als könnte und sollte sie das altrömische System copiren, daß ich vielmehr sehr wohl weiß, wie sehr letzteres in seiner ganzen Eigenthümlichkeit an das alte Rom mit seinen Menschen und Zuständen geknüpft war, — dies zu zeigen, wird mir die Schlußbetrachtung des folgenden Paragraphen eine passendere Gelegenheit geben.

C. Historische Bedeutung des Systems der Freiheit.

Die Abstraction des Freiheitsbegriffs in ihrer Bedeutung für das Privatrecht — Die Selbständigkeit der Abstraction gegenüber dem Leben — Die Productivität der autonomischen Bewegung des Verkehrs — Die natürlich-sittlichen Beziehungen des Systems zur römischen Welt.

XXXVI. Wir sind jetzt auf dem Punkt angelangt, um das System der Freiheit in seiner Totalität überschauen und beurtheilen zu können. Indem ich es dem Leser glaube überlassen zu dürfen, sich die Züge, welche die bisherige Darstellung geliefert hat, zu einem Gesammtbilde zu vereinigen, benutze ich den gewonnenen Standpunkt, um unser System als eine einzelne historische Erscheinung in seinen höhern Zusammenhang einzureihen und die historische Bedeutung zu bestimmen, die es von diesem Standpunkt aus in Anspruch nehmen kann.

Bei der Auffassung des Systems der Freiheit haben wir uns, wie bereits früher bemerkt, gleichmäßig vor zwei Einseitigkeiten zu hüten, nämlich einmal über dem abstracten Recht nicht die Sitte und die reale Wirklichkeit des Lebens und sodann über letzterer nicht das abstracte Recht außer Acht zu lassen. Es ist nicht minder unerläßlich, die rechtliche Freiheit in der ganzen Schärfe des abstracten Begriffs zur Anschauung zu bringen, zunächst also von allen sittlichen Bezügen, Einflüssen und Banden, durch die sie mit dem Leben verknüpft war, zu abstrahiren als andererseits, hinterher diesen thatsächlichen Gewalten die vollste

Beachtung zu Theil werden zu laſſen. Beide Geſichtspunkte und Aufgaben aber ſoll man auf's ſchärfſte aus einander halten, und gerade dies iſt ein Punkt, wo wir nicht genug von den Römern lernen können, denn dieſe Scheidung iſt eins ihrer unſterblichſten Verdienſte, der erſte und weſentlichſte Schritt zur Begründung des Privatrechts. Zu dieſem Zweck war es erforderlich, daß ſie ſich bei der abſtract-rechtlichen Formulirung des Freiheitsbegriffs durch die ſittlich-natürliche Lebensanſchauung, von der ſie durchdrungen war, durch die äußere Erſcheinung der Freiheit im Leben, durch die tauſenderlei Einflüſſe und Beſchränkungen, denen letztere hier ausgeſetzt war, in keiner Weiſe beirren ließen.

Ich habe mich früher (S. 139—141) ſchon dahin ausgeſprochen, daß die Römer hier das abſolut Richtige getroffen haben, denn die einſeitige Geltendmachung und Durchführung des Geſichtspunktes der Macht und Herrſchaft, die Betrachtung des geſammten Privatrechts und aller ſeiner Verhältniſſe unter dieſem einen Geſichtspunkt iſt eben das abſolut Richtige. Juriſtiſch dieſe Verhältniſſe zu betrachten heißt nichts anderes als den abſtract-rechtlichen Machtgehalt derſelben ausſcheiden und zur Darſtellung bringen. Jedes Recht iſt ein Stück concret gewordener und beſtimmt geſtalteter Willensmacht; nur *diejenigen* Verhältniſſe ſind juriſtiſche, und nur *ſo weit* ſind ſie es, als in ihnen dieſer Beſtandtheil ſich findet; was ſie ſonſt noch enthalten an andern Stoffen, an ſittlichen, politiſchen, ökonomiſchen Ideen u. ſ. w., ſoll von dem Juriſten zwar ſo wenig überſehen oder geringgeſchätzt werden, daß er ſich im Gegentheil damit des wirkſamſten Mittels zu ihrem wahren Verſtändniß berauben würde, allein bei der Abſtraction der Rechtsbegriffe ſoll er von alle dem abſehen. Darin haben die Römer der Jurisprudenz aller Zeiten das muſtergültige Vorbild gegeben. War es angeborne Virtuoſität der juriſtiſchen Abſtraction, was ſie dazu in Stand ſetzte? Ich erblicke den Grund lediglich in der Eiferſucht und Energie des römiſchen Freiheitsgefühls, das Privatrecht war dem alten Römer

der Codex, die Magna Charta seiner persönlichen Freiheit. Ich meine nicht, als ob es nicht höhere Gedanken und Endzwecke gebe als diesen römischen — aber was die Römer bei Verfolgung desselben gefunden, das darf und soll der Welt zu gute kommen. Mögen andere Völker eine poetischere Lebensanschauung besessen haben als die Römer, andere wiederum sich eines höheren ethischen Schwunges rühmen dürfen — die römische Welt, so prosaisch sie immerhin sein mag, lag gerade auf der rechten Höhe, um von ihr aus eine Entdeckung zu machen, die man von einem wirklich oder vermeintlich höheren Punkte aus nicht gemacht haben würde — die Entdeckung des Privatrechts. Diese Errungenschaft kann und soll jedes Volk sich zu Nutze machen. Nur mißverstehe man mich nicht. Es ist neuerdings die Behauptung aufgestellt, das römische Recht sei das absolute Recht.[468]) Das ist eine arge Uebertreibung. In dem römischen Recht sowohl der gegenwärtigen wie der folgenden Periode steckt viel national Römisches, das auf allgemeine Geltung durchaus keinen Anspruch hat, es ist die vergängliche historische Form, die selbst Gedanken von ewig dauernder Wahrheit bei ihrem ersten Auftreten nicht erspart bleibt. Sache der Nachwelt ist es, das Vergängliche und Zufällige von dem Dauernden und ewig Wahren zu scheiden. Der absolut richtige Gedanke, der im römischen Recht zur Gestaltung gebracht worden ist, ist der: alle privatrechtlichen Verhältnisse sind Machtverhältnisse, Willensmacht ist das Prisma der privatrechtlichen Auffassung, und die ganze Theorie des Privatrechts hat nur die Aufgabe, das Freiheits- und Machtelement in den Lebensverhältnissen aufzudecken und zu bestimmen. Das Römische und Vergängliche aber ist das Maß, die Ausdehnung und die Form, in der dieser Gedanke der Macht innerhalb der einzelnen Institute zur Geltung gelangt.

Die erste Hälfte dieser Behauptung ist weit entfernt sich der

468) G. Lenz über die geschichtliche Entstehungsweise des Rechts. Greifswald u. Leipzig 1854.

allgemeinen Zuſtimmung zu erfreuen. Es gereicht unſerem wiſſenſchaftlichen Bewußtſein gerade nicht zur Ehre, daß eine Wahrheit, die der einfache geſunde Menſchenverſtand in Rom längſt entdeckt hatte, von Manchen nicht bloß aus den Augen verloren, ſondern geradezu als Irrthum und als ein Mangel des römiſchen Rechts bezeichnet werden konnte. Man hat letzterem nämlich den Vorwurf gemacht, daß es bei der Conſtruction ſeiner Rechtsverhältniſſe das ſittliche Moment ganz außer Acht gelaſſen habe, und nennt es Romaniſiren, wenn man bei den deutſch-rechtlichen Verhältniſſen dieſelbe Methode befolgt. Ein ſolcher Tadel bezweckt geradezu die Negation jeder Jurisprudenz, denn das Weſen der letzteren beſteht eben darin, daß ſie von allem Nicht-juriſtiſchen in den Verhältniſſen abſtrahirt, nicht-juriſtiſch aber iſt alles, was auf den Geſichtspunkt der Macht nicht reagirt.

Daß ganz verſchiedenartige Ideen und Rückſichten bei der legislativen Geſtaltung eines Herrſchaftsverhältniſſes mitwirken können z. B. die Rückſicht auf das öffentliche Wohl, die Sittlichkeit u. ſ. w., wird Niemand läugnen, aber juriſtiſch geſprochen beſteht dieſer Einfluß nicht darin, daß ſie in das Innere des Verhältniſſes eine fremdartige Subſtanz brächten, den Inhalt deſſelben *qualitativ* zu etwas Anderem machten als zur Willensmacht, ſondern daß ſie ſo zu ſagen *von außen* gegen die Wände des Rechtsverhältniſſes drücken und dadurch den Machtgehalt deſſelben beſchränken, die Herrſchaft mehr oder weniger comprimiren. Wie ſehr immerhin die ſittliche Auffaſſung eines und deſſelben Inſtituts zu verſchiedenen Zeiten variirt, wie ſehr dieſe Verſchiedenheit in der rechtlichen Geſtaltung des Inſtituts ſich verwirklicht haben mag — vom juriſtiſchen Standpunkte aus dürfen wir dieſer Thatſache keinen andern Ausdruck geben, als den der *Verſchiedenheit des Machtgehalts des Inſtituts*. Die Unterſchiede alſo z. B. zwiſchen der Vormundſchaft, dem Verhältniß des Vaters zu den Kindern, des Mannes zur Frau u. ſ. w. im ältern römiſchen und heutigen Recht reduciren ſich, wenn man ſie juriſtiſch bezeichnen will, auf eine quantitative Differenz in dem

Machtgehalt jener Verhältniſſe und die Begründung einer gegenüberſtehenden Macht (des Mündels, Kindes, der Frau); es heißt wie ein Laie ſprechen, wenn man ſagt, daß jene Verhältniſſe nicht mehr Gewaltverhältniſſe ſeien, der nüchterne Gedanke der Macht hier vielmehr irgend einem edlern das Feld geräumt oder ſich mit ihm zu irgend einem höhern, den Römern unbekannten verbunden habe.

Man laſſe ſich dadurch nicht täuſchen, daß der Zweck des Verhältniſſes nicht immer auf den eigenen Nutzen des Berechtigten gerichtet iſt. Der Beamte hat ſeine Macht nicht ſeinetwegen, ſondern im Intereſſe des Staats, aber wer würde ihm darum die Macht, ſoweit ſie reicht, abſprechen? Der altrömiſche Vormund ſollte das Beſte ſeines Mündels wahrnehmen, und es war dafür geſorgt, daß er es mußte (postulatio suspecti tutoris, actio rationibus distrahendis, Infamie),[469] trotzdem aber ward die Tutel als jus ac potestas in capite libero definirt. So mag alſo auch das heutige Recht dem Vater eine Gewalt über die Kinder nur im Intereſſe ihrer Erziehung anvertrauen und durch Veranſtaltungen verſchiedener Art dafür ſorgen, daß er ſie nur in dieſem Sinne benutze; dadurch iſt ſeine Gewalt allerdings im Vergleich zu der römiſchen patria potestas weſentlich beſchränkt, allein gleichwohl läßt doch auch ſie ſich nicht anders definiren denn als eine Macht, die ſich ſo und ſo weit erſtreckt, dieſen und jenen Beſchränkungen ausgeſetzt iſt u. ſ. w. Mit dieſer Macht verträgt ſich ſehr wohl die Annahme einer gleichzeitigen Pflicht. Der Beamte, der Vormund haben eine Macht, aber ſie ſind verpflichtet, dieſelbe im Intereſſe des Staats, des Mündels zu gebrauchen — wer wird heutzutage daran Anſtoß nehmen?

An dieſem Punkt ſcheidet ſich nun die altrömiſche Auffaſſung von unſerer heutigen, denn erſtere vermag dieſe beiden Begriffe: Macht und Pflicht in derſelben Perſon nicht zuſammen zu reimen.

---

469) Die act. tutelae gehört erſt dem ſpäteren Recht an, wie an einer andern Stelle gezeigt werden ſoll.

Alle drei oben genannten Machtträger: der Magiſtrat, der Vormund, der Vater ſind nach altem Recht bloß *berechtigt*, keiner von ihnen zugleich verpflichtet. Allerdings wird den beiden erſten die Macht nur in dem Sinne und in der Abſicht gewährt, daß ſie ſich derſelben nicht ihretwegen, ſondern zum wahren Beſten des Staats und des Mündels bedienen ſollen, und wenn ſie das Amt niedergelegt haben, müſſen ſie Rechenſchaft ablegen und im Fall der Pflichtverletzung ſtrenge Strafe gewärtigen; der Gedanke der Pflicht iſt alſo dem Verhältniß ſo wenig fremd, daß er umgekehrt den unſichtbaren Regulator deſſelben bildet. Aber eben dieſer Umſtand, daß er der *unſichtbare* Regulator iſt, daß er in der Structur des beſtehenden Verhältniſſes nicht zum Ausdruck gelangen kann, ſondern abwarten muß, bis daſſelbe beendet iſt, um hinterher ſeine Befriedigung zu finden, gerade dieſer Umſtand ſetzt den wahren Sachverhalt erſt in's rechte Licht, daß es nämlich nicht der Gedanke der Pflicht an ſich iſt, den die Römer zurückweiſen, ſondern die gleichzeitige Vereinigung deſſelben mit dem Gedanken der Macht. Und fragen wir dann weiter, worin dieſe Unverträglichkeit beider Begriffe für den römiſchen Geiſt ſeinen Grund hatte, ſo weiß ich keine andere Antwort als die Einſeitigkeit, Maßloſigkeit, mit der derſelbe den Gedanken der Macht von altersher erfaßt hatte. Habe ich einmal die Macht, ſo bin ich innerhalb meiner Machtſphäre keinem andern unterthan, und unterthan wäre ich ihm ja, wenn ich ihm verpflichtet wäre, denn dann hätte er rechtliche Macht über mich, könnte gegen mich klagen, mich zwingen. Die Maßloſigkeit des Machtgefühls iſt das ſpecifiſch römiſche, vergängliche Moment des altrömiſchen Privatrechts, — eine Uebertreibung, welche nicht erſt auf fremdem Grund und Boden als ſolche erkannt und abgethan worden iſt, ſondern gegen welche bereits auf heimiſcher Erde in der letzten Zeit der Republik die Reaction eintritt.

Wenn wir den Gedanken der Macht als das eigentliche privatrechtliche Prinzip haben kennen lernen, ſo dürfen wir das ältere Recht den Triumph der abſtracten Privatrechts-Idee nennen.

Jener Gedanke hat sich hier einmal in seiner ganzen Einseitigkeit und Ungebundenheit versuchen, sich selbst von Seiten seiner praktischen Möglichkeit auf die Probe stellen wollen. Daß jener Versuch gelang, hatte in Voraussetzungen seinen Grund, die sich in Rom fanden, aber nicht überall wiederholen. Beides, diese Voraussetzungen wie die praktische Möglichkeit einer so excessiven Verfolgung der Macht, ist später hinweggefallen — es war das spezifisch Römische, das der Zeit Angehörige, das mit der Zeit absterben konnte und mußte, ohne daß damit auch das dadurch gewonnene Resultat der Nachwelt verloren zu gehen brauchte. Wo ein bedeutungsvoller Gedanke entdeckt und zur praktischen Existenz und Herrschaft gebracht werden soll, bedarf es der Einseitigkeit und Schroffheit, der spätern Zeit bleibt es vorbehalten und fällt es nicht schwer, die Uebertreibung auf das rechte Maß zurückzuführen.

Schlagen wir das Verdienst dieser Leistung nicht zu gering an. Es kam nicht bloß auf das einmalige Finden an, sondern auf ein fortgesetztes Pflegen des Gefundenen. Das Leben ist den juristischen Abstractionen keineswegs günstig. Ist die juristische Auffassung nicht stets auf ihrer Hut, so kommt sie leicht in Gefahr, die Wirklichkeit und Sitte mit dem Recht zu verwechseln, wie es die vulgäre Auffassung thut. Die strenge Unterscheidung zwischen Sitte und Recht ist einer der besten Prüfsteine für die Selbständigkeit der juristischen Betrachtung, denn sie setzt eine unablässige Thätigkeit und Anspannung des Abstractionsvermögens, die geistige Emancipation von der äußern Erscheinung voraus. Wo dieser Unterschied scharf erfaßt und praktisch gehandhabt wird, wie im römischen Recht, ist die Bildung des Gewohnheitsrechts sehr erschwert; wo es nicht der Fall, im Halbdunkel zwischen Recht und Sitte, findet umgekehrt das Gewohnheitsrecht ein ungehindertes, üppiges Gedeihen.

Wir haben früher öfters Gelegenheit gehabt, auf die Differenz der abstracten Freiheitsformen und ihrer juristischen Auffassung auf der einen und ihrer realen Erscheinung und natürlich-

ſittlichen Auffaſſung im Leben auf der andern Seite aufmerkſam zu machen. Verlegen wir nun, wie meiner Meinung nach gar nicht anders möglich iſt, unſer abſtractes Freiheitsſyſtem in den Anfang der römiſchen Rechtsgeſchichte, ſo haben wir die frappante Erſcheinung, daß daſſelbe viele Jahrhunderte lang im weſentlichen unverändert aufrecht erhalten worden iſt, ungeachtet — und dies iſt das Entſcheidende — die Geſtalt, die es in der Sitte an ſich trug, eine ſo völlig abweichende war. Wie auch im Leben die verſchiedenen Gewalten des öffentlichen und Privatrechts ſich praktiſch geſtalteten, welche Bahnen ſie inne zu halten pflegten und factiſch innehalten *mußten*: die abſtracte Auffaſſung erblickte darin nur etwas *Factiſches*. — Zwiſchen dem abſtracten Recht und dem thatſächlichen Leben, zwiſchen der abſtract-rechtlichen und natürlich-ſittlichen Auffaſſung eine ungeheure Kluft!

In unſerer deutſchen Rechtsentwickelung iſt der Uebergang des Thatſächlichen zum Rechtlichen ein ſehr leichter geweſen; die Sitte, vom Recht wenig unterſchieden, ward unvermerkt zum Recht. In Rom hingegen blieb die Sitte, mochte ſie auch Jahrhunderte lang beſtanden haben, darum doch, was ſie war: bloße Sitte. Die Beſchränkungen, die ſie auferlegte und praktiſch durchſetzte, die Geſtalt, die ſie den reinen Rechtsinſtituten gab, die poſitiven Inſtitute, die ſie ſelbſt hervorgebracht hatte — alles das waren Thatſachen, die jeder kannte und reſpectirte, denen man aber trotz alle dem eine *rechtliche* Bedeutung fortwährend verſagte. So konnte denn der abſtract-rechtliche Zuſchnitt der Gewaltverhältniſſe Jahrhunderte lang in ſeiner Urſprünglichkeit und begrifflichen Reinheit unverändert erhalten werden. Was auch das Leben aus ihnen machte, wie auch ihr praktiſches Verhalten und die ſittlichen und politiſchen Ideen, ſo wie die thatſächlichen Gewalten, die ſie in dieſem Verhalten beſtimmten, wechſeln mochten — der abſtracte Begriff blieb, ſoweit nicht das Geſetz eine Aenderung traf, über allem Wechſel erhaben, immer derſelbe. Für das Leben hatte dieſe ſtarre Unveränderlichkeit des abſtracten Rechts keinen Nachtheil, da einerſeits die abſtracten Formen weit

genug waren, um allen Strömungen des Lebens freien Spielraum zu gewähren und andrerseits das Leben selbst einen hinlänglichen Reichthum an Kräften und Mitteln besaß, um das, was Noth that, auch ohne eine Aenderung des Rechts zu erzwingen. Erst als diese Kräfte schwach wurden, ward dieser Zustand unhaltbar und das Recht gezwungen sich dem zu accommodiren.

Das ältere Recht hatte den Verkehr im wesentlichen sich selbst überlassen und zwar in dem Maße, daß es ihm nicht einmal mit sogenannten dispositiven (subsidiären, die Autonomie ergänzenden) Bestimmungen zu Hülfe kam. Jedes einzelne Rechtsgeschäft, das abgeschlossen ward, mußte mithin außer seinem materiellen Inhalt zugleich sämmtliche Normen aufstellen, nach denen es sich selber beurtheilt wissen wollte; die concrete lex contractus mußte die abstracte lex de contractibus ersetzen. Ein solcher Zustand ist überall der Bildung des dispositiven Rechts vorausgegangen, aber überall wiederholt sich auch bei ihm eine Einrichtung, welche bestimmt ist, ihn zu ermöglichen — der Gebrauch der Formulare (II. 604). In demselben Maße, in dem das dispositive Recht sich entwickelt, nimmt die Bedeutung der Formulare ab. In der gegenwärtigen Periode spielten sie in Rom noch eine große Rolle.

Für alle Arten von Geschäften gab es bestimmte, höchst sorgfältig ausgearbeitete Formulare (actiones, leges rerum vendendarum u. s. w.),[470] die durch die fortgesetzte Probe, welche

---

470) Genannt werden insbesondere die Manilianae venalium vendendorum leges. Cic. de orat. 1, 58, §. 246. Varro de re rust. 2, 5. Cato und Varro theilen an jeder Stelle ihrer Schrift de re rustica, wo sie irgend einen Contract z. B. den Verkauf von Sklaven, Vieh, der Weinärndte, das Verdingen einer Arbeit u. a. m. erwähnen, die betreffenden Formulare mit. Die Hostilianae actiones, die ich früher ebenfalls hierher gerechnet hatte, enthielten keine „juristische, sondern oratorische Muster". Rudorff Römische R.-G. I §. 95 Note 9. Insbesondere gab es auch für die Contracte, welche der Staat abzuschließen hatte, z. B. Ausverdingung von öffentlichen Werken und Arbeiten, Verpachtung der Gefälle und Steuern solche feststehende Formulare. Von den spätern Rechtsgrundsätzen des Rechtscontracts scheint der

ſie im Leben zu beſtehen hatten und ein ſtets wiederholtes Feilen und Nachbeſſern einen ſehr hohen Grad der Brauchbarkeit erlangt hatten. Sowie irgend eine neue Art von Geſchäften aufkam, ward für dieſelbe ein Formular ausgearbeitet d. h. das Geſchäft von vornherein in eine beſtimmte geregelte Bahn gewieſen. Da die Benutzung des Formulars nichts Obligatoriſches hatte, ſondern ganz vom individuellen Ermeſſen abhing, da ferner die in demſelben enthaltenen Stipulationen, mochten ſie auch täglich wiederkehren, nur als ſubjectiver Willensinhalt in Betracht kamen, ſo konnte man das rechtliche Material, welches in dieſen Formularen aufgeſchichtet war, nicht als Beſtandtheil des Rechts bezeichnen. Gleichwohl aber hatten ſie für das Recht ſelber die höchſte Bedeutung, ſie waren die Vorläufer, Surrogate und Fundgruben des dispoſitiven Rechts. In ihnen war bereits die Aufgabe gelöſt, mit der ſich dieſer Theil des Rechts zu beſchäftigen hat: die Claſſification der Rechtsgeſchäfte, insbeſondere die Scheidung der verſchiedenen Verträge, die Erfindung und richtige Formulirung naturgemäßer Rechtsregeln für die einzelnen Arten derſelben. Als in ſpäterer Zeit die Wiſſenſchaft und Legislation (namentlich das prätoriſche Recht) ſich der Ausbildung des dispoſitiven Rechts zuwandten, fanden ſie in jenen Sammlungen ein reiches Material, von dem ſie Vieles unverändert aufnehmen konnten, und wir ſind zu der Annahme befugt, daß ſie dieſe Quelle in reichem Maße benutzt haben. Die meiſten zu dieſer Klaſſe gehörigen Rechtsſätze werden aus den Formularſammlungen hinübergenommen ſein — ein Geſichtspunkt, der ſich bereits für manche Fragen (z. B. für den Pfandvertrag) als fruchtbar bewährt hat und für manche andere noch eine lohnende Ausbeute in Ausſicht ſtellt.

Der Sache nach alſo waren die Elemente jenes Rechtstheils

Anſpruch des Pächters auf remissio mercedis wegen casus ſich zuerſt in den alten »leges censoriae« feſter ausgebildet zu haben, vergl. Cic. de prov. cons. 5, §. 12: is, qui frui publico non potuit per hostem, hic tegitur ipsa lege censoria. Polyb. VI, 17, 5.

durch die Autonomie des Verkehrs bereits zu Tage gefördert. Es war dies dieselbe Bildung des Abstracten aus dem Concreten heraus, für die uns in der dritten Periode die Entwickelungsgeschichte des prätorischen Rechts ein so interessantes Beispiel liefern wird. Aus den Atomen der einzelnen concreten Rechtsgeschäfte, die sich im wesentlichen stets in derselben Form und mit demselben Inhalt wiederholten, bildete sich ein abstracter Niederschlag — der Begriff des bestimmten Rechtsgeschäfts — ein Vorgang, den die Sprache durch Bezeichnung desselben mit einem bestimmten Namen zu markiren pflegte. Das Material, das auf diese Weise gewonnen ward, hatte aber, wie gesagt, in der gegenwärtigen Periode noch keine formell rechtliche Bedeutung, es war nichts als eine Anweisung zum rechten Gebrauch der Autonomie vermittelst Darlegung der Zwecke und Wege, die der Verkehr verfolgte, nebst Angabe der Form, deren er sich dabei zu bedienen pflegte. Vom formellen Rechtsstandpunkt aus war dies „Pflegen" des Verkehrs nicht minder bedeutungslos wie das der Sitte, d. h. es kam keiner von den vorhandenen Sätzen ohne ausdrückliche Aufnahme desselben in das einzelne Rechtsgeschäft zur Anwendung, während ja das Wesen des dispositiven Rechts darin besteht, daß die Bestimmungen desselben eine von der Autonomie der Privaten gelassene Lücke ergänzen sollen. Nur in Einem Punkt mag die Thätigkeit der Autonomie bereits in der gegenwärtigen Periode Niederschläge objectiv-rechtlicher Art geliefert haben. Die Wahl der Ausdrücke, in denen man die wesentlichen Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts treffen wollte, war ursprünglich gewiß völlig frei, es begreift sich aber, daß der Verkehr die treffendsten und unzweideutigsten heraussuchte, und daß für manche Geschäfte gewisse Schlagwörter in Gebrauch kamen (II §. 68). Wir wissen nun aus Mittheilungen späterer Juristen, daß der Gebrauch dieser Schlagwörter zu *ihrer* Zeit obligatorischer Art war, so daß also die unterlassene Benutzung derselben Nichtigkeit des Geschäfts begründete. An eine Aufstellung dieses Requisits durch Gesetz wird Niemand denken; es war also ein

Werk des Verkehrs, und wir dürfen dieſen Vorgang unbedenklich in die ältere Zeit verlegen und ihn uns in folgender Weiſe erklären. Eine an den Worten klebende, ängſtliche Interpretation mochte die auf Abſchließung eines beſtimmten Geſchäfts gerichtete Abſicht in Zweifel ziehen, wenn ſie die Ausdrücke vermißte, deren man ſich regelmäßig beim Geſchäft bediente; das beſtimmte Wort galt ihr als Merkmal des beſtimmten Willens. Hieraus ergab ſich dann für den Verkehr die praktiſche Nothwendigkeit einer Benutzung des Worts; dem Erfolg nach hatte alſo die Interpretation damit eine wirkliche Rechtsnorm durchgeſetzt.

Der Geſichtspunkt, von dem aus wir im bisherigen die Bedeutung unſeres Syſtems zu beſtimmen verſucht haben, war der abſtract-juriſtiſche, und nach dieſer Seite hin haben wir unſerem Syſtem eine unvergängliche und univerſalhiſtoriſche Bedeutung vindiciren müſſen. Es bleibt uns jedoch noch übrig, daſſelbe von Seiten ſeines natürlich-ſittlichen Zuſammenhanges mit der römiſchen Welt in's Auge zu faſſen. Ich will in dieſer Beziehung zuerſt des Einfluſſes unſeres Syſtems auf das römiſche Volk gedenken. Der Quellpunkt unſeres ganzen Syſtems war die Idee der Perſönlichkeit, das Endziel deſſelben: der Perſönlichkeit in allen Verhältniſſen des privaten wie des öffentlichen Lebens die rechtliche Möglichkeit einer freien Entfaltung ihrer ſelbſt und aller ihrer Kräfte zu gewähren. Das ganze Recht war ein praktiſcher Hymnus auf den Werth und den Beruf der Perſönlichkeit, die Moral deſſelben: Entwickelung und Bethätigung der Perſönlichkeit. Dem Römer ward durch ſein Recht von früh auf die Lehre gepredigt, daß der Mann dazu da iſt, ſich ſelbſt ſeine Welt zu gründen, ſelbſt für ſich einzuſtehen, ſelbſt die Entſcheidung zu treffen, kurz daß jeder der Schmied ſeines Glücks iſt.

Für einen ſchwachen Charakter war die römiſche Welt nicht gemacht. Wer ſich hier mit Erfolg bewegen wollte, dem durfte das Eiſen im Charakter und die Selbſtändigkeit in der Anſicht

nicht fehlen. So nicht bloß hinsichtlich der Verhältnisse des öffentlichen, sondern ebensowohl hinsichtlich der des Privatrechts. Uns heutzutage beschirmt und beschützt das Recht von der Geburt an bis zum Tode; es verschafft uns das Vermögen der Eltern, indem es sie zwingt, uns dasselbe zu hinterlassen, es bewahrt und sichert uns dasselbe während der Jahre der Minderjährigkeit, es gewährt uns Hülfe, wenn wir uns haben betrügen oder zwingen lassen, und macht es uns möglich, unsere eigenen wie fremde Handlungen, die uns nachtheilig geworden sind, anzufechten, Versehen, Versäumnisse ungeschehen zu machen. Von alle dem ist im ältern römischen Recht keine Spur. Wer sich hat zwingen lassen, trägt selbst die Schuld — der Mann läßt sich nicht zwingen; etiamsi coactus, attamen voluit.[471]) Wer betrogen ist, gleichfalls; denn der Mann, wie ihn das Recht will und im Auge hat, sieht sich vor; ihn betrügt man nicht. Ebenso begeht er keine Versäumnisse und ficht seine eigenen Handlungen nicht an und darum auch keine fremden: jus civile vigilantibus scriptum est.[472]) Mit der Pubertät wird Jeder Herr seines eigenen Vermögens, die Schutzanstalten der Cura und restitutio in integrum sind dem alten Recht unbekannt, die lex Plaetoria gehört frühestens dem Ende des fünften Jahrhunderts an. Das heißt aber nichts anderes als: die spätern Römer wurden später selbständig als die früheren — eine Erscheinung, die nichts auffälliges hat, denn die Cultur und Civilisation verzögert den Eintritt der Reife des Charakters. Wer mannbar geworden, hatte in alter Zeit auch die nöthige Selbständigkeit, um in's praktische Leben zu treten; hätte er sie nicht gehabt, so würde das alte Recht ihn anders behandelt haben.

Daß nun ein Recht, welches überall eine männliche Selbständigkeit voraussetzt, diese Eigenschaft im Volk eben damit zugleich lebendig erhält und neu erzeugt, bedarf wohl kaum der Bemerkung. Wenn die Geschichte Roms eine so beneidenswerthe

471) L. 21 §. 5 quod met. (4. 2).
472) L. 24 quae in fr. cred. (42. 8).

Menge hervorragender Perſönlichkeiten und grandioſer Charaktere aufzuweiſen hat, ſo werden wir den letzten Grund davon allerdings nicht in irgendwelchen Einrichtungen, die ja ihrerſeits nichts als Producte des Volksgeiſtes ſind, ſondern in dem römiſchen Volk ſelbſt zu ſuchen haben. Aber den Einfluß der äußeren Einrichtungen auf die Befeſtigung der nationalen Sinnesweiſe, die Ausbildung und Steigerung der angebornen Anlage werden wir darum nicht minder zugeſtehen müſſen. Hätte die römiſche Kraft, Selbſtändigkeit, Charakterfeſtigkeit ſich nicht durch perſönlichen Contact von einer Generation auf die andere vererbt, hätten dieſe Eigenſchaften mit irgendeiner Generation untergehen können — ich glaube, ſie hätten zum großen Theil aus dem Recht, aus dem Vorrath gebundener römiſcher Kraft, der in ihm ſteckte, ſich wieder erzeugen können.[472a]) Einen Nichtrömer, der mit dieſem Recht in Berührung trat, mußte es anwehen mit friſchem, ſtärkendem Hauch. Die Luft, die in demſelben herrſchte, war geſättigt mit römiſcher Stärke; wer ſie dauernd einathmete, auf den ging unvermerkt etwas von einem Römer über — ſie ſteckte an. Den Verfall der römiſchen Kraft vermochte freilich das Recht nicht abzuwenden, weil überhaupt keine Einrichtung den Geiſt, aus dem

472a) Mit den menſchlichen Einrichtungen verhält es ſich in Bezug auf den Geiſt, der ſie erzeugt hat, eben ſo wie mit der durch die Sonne erzeugten Erdwärme — wie wir im Herbſt noch von der Sonne des Sommers zehren, ſo zehrt ein bereits zurückgehendes Geſchlecht noch von der Kraft der Vorfahren, die ſich in deren Einrichtungen, Sitten, Formen objectivirt hat — eine Bemerkung, die ich ſelber zwar ſchon anderwärts gemacht habe (III. 500 und in meinem Kampf um's Recht, Aufl. 5. S. 79), die ich aber doch nicht umhin kann hier zu wiederholen. Freilich hat die Sache auch ihre Kehrſeite, denn ſo gut wie der Gegenwart der in den Einrichtungen fixirte Wille der Vergangenheit zu gute kommt, ſteht er ihr auch beim Fortſchritt als zu überwindendes Hinderniß entgegen, ganz ſo wie in der Natur die Kälte des Winters der Sonne des Frühlings. Es iſt das Geſetz der Ausgleichung der Kraft, das geſchichtliche Prinzip, das in der Natur ganz ſo gilt, wie in der Geſchichte — es gibt für beide keinen Moment, der die Bedingungen ſeines Daſeins ganz aus ſich ſelber ſchöpfte, bei jedem wirkt mit der Gegenwart zugleich die Vergangenheit mit.

ſie hervorgegangen iſt, dauernd bannen kann. Aber nichts deſto weniger bleibt es wahr, daß das Recht, indem es die genannten Eigenſchaften zu Poſtulaten des praktiſchen Lebens erhob, der Fortdauer derſelben weſentlichen Vorſchub geleiſtet hat.

Noch eine andere römiſche Eigenſchaft iſt es, die aus unſerem Freiheitsſyſtem ihre Hauptnahrung zog und ſich täglich an ihm verjüngte, ich meine den römiſchen Stolz und das Gefühl der Würde eines römiſchen Bürgers. Wenn der Römer mit Stolz auf andere Völker ſah, ſo ſtützte ſich dieſer Stolz nicht bloß auf das Gefühl der Ueberlegenheit römiſcher Kraft und das Uebergewicht des römiſchen Staats nach außen hin, ſondern ebenſoſehr auf die rechtliche Stellung des römiſchen Bürgers im Innern; nicht minder auf den Klang und die Wirkung, welche die Worte: civis Romanus sum daheim, als die ſie im Auslande hatten. Ein angeſehener Römer durfte ſich mächtiger und feſter in dem Beſitz ſeiner Macht dünken als mancher König der damaligen Zeit, und ſelbſt dem Geringſten gewährte die Verfaſſung einen gewiſſen Antheil am Weltregiment. Aber höher als alle politiſche Macht und Berechtigung ſtand doch die rechtliche Sicherheit und Unverletzbarkeit der Perſon, die Herrſchaft über das Haus und die Unantaſtbarkeit der erworbenen Rechte. Daß die Würde und das Recht der Perſönlichkeit in Rom in einer Weiſe praktiſch anerkannt und geſchützt waren wie ſonſt nirgends, daß die Baſis der ganzen perſönlichen Exiſtenz, das Recht eine felſenfeſte war, und jeder Römer ſich innerhalb des Fleckes Erde, der ihm hier beſchieden, abſolut ſicher und als unumſchränkter Gebieter betrachten durfte — das, meine ich, war das Werthvollſte und Schönſte, deſſen ein Römer ſich zu rühmen hatte.

Der Stolz, den die Freiheit verleiht, iſt ein durchaus berechtigter, denn er iſt nicht ein Stolz auf den bloßen Beſitz oder Genuß derſelben, ſondern auf das eigene Verdienſt. Die Freiheit iſt bekanntlich kein Geſchenk der Götter, ſondern ein Gut, das jedes Volk ſich ſelbſt verdankt, und das nur bei dem erforderlichen Maß moraliſcher Kraft und Würdigkeit gedeiht. Mit der bloßen

Liebe zur Freiheit iſt es nicht gethan; ſelbſt wenn dieſe Liebe, wie es nicht anders ſein kann, eine werkthätige und opferfähige iſt, ſo geſellt ſich noch ein anderes weſentliches Requiſit hinzu — die Kunſt, die Freiheit zu gebrauchen, und dieſe Kunſt iſt eine ſehr ſchwere. Denn das erſte Gebot derſelben iſt Mäßigung. Kein Gut reizt ſo ſehr zur Unmäßigkeit und geht ſo leicht und ſo unausbleiblich dadurch verloren als gerade das höchſte, die Freiheit. Der Begriff der politiſchen Reife und Unreife der Völker iſt unſerer heutigen Zeit ſehr geläufig, aber man ſetzt denſelben viel zu ſehr in die intellectuelle Bildungsſtufe der Völker und viel zu wenig in die moraliſche Qualification derſelben. Handelte es ſich bloß um ein intellectuelles Verſtändniß der Freiheit, ſo müßten die gebildetſten Völker die höchſte Reife zur Freiheit beſitzen, während umgekehrt das Steigen der Cultur und Civiliſation nicht ſelten mit der Abnahme jener Reife verbunden iſt, wie Rom ſelbſt uns dies an einem lehrreichen Beiſpiel veranſchaulicht.

Dieſe moraliſche Qualification des ältern römiſchen Volks zur Freiheit kann ich nicht genug betonen. Unſer ganzes Syſtem ſtand und fiel mit ihr:

Moribus antiquis stat res Romana virisque.

Der Verfall der römiſchen Sittlichkeit war zugleich der Verfall der römiſchen Freiheit. Die praktiſche Möglichkeit aller Freiheitsverhältniſſe ſowohl des öffentlichen als des Privatrechts war bedingt dadurch, daß der rechte Geiſt ſie beſeelte; ſowie dieſer Geiſt wich, ſowie die Willkür, Laune, Zuchtloſigkeit ſich ihrer bemächtigten, hatten ſie ihren Sinn und ihre Berechtigung verloren, und an die Stelle des freien Geiſtes, der ſich nicht beſchwören ließ, trat überall das Geſetz und die Beſchränkung. Darum darf, wer ein Urtheil über das Freiheitsſyſtem der alten Zeit fällen, wer den Sinn und Zweck der Inſtitute deſſelben begreifen will, keinen Augenblick die alte Sittlichkeit und die ganze Zeit außer Augen laſſen. Die alte *Sitte* iſt der unentbehrliche Schlüſſel zum Verſtändniß des alten *Rechts*; zeigt uns letzteres die ab-

ſtracte Freiheit, ſo erſtere die Selbſtbeſchränkung der Freiheit, dieſe Selbſtbeſchränkung aber war eine ſtillſchweigende Vorausſetzung des ganzen Rechts. Wenn einſt Tacitus es an den alten Germanen pries, daß die Sitte bei ihnen mehr vermöchte als anderwärts die Geſetze, ſo dürfen wir daſſelbe Lob auch für die alten Römer in Anſpruch nehmen — weil ſie ſich ſelbſt ein Geſetz waren, konnten ſie in ſo vielen Punkten der Geſetze entbehren. Das ältere Recht hat die Anlegung des ſittlichen Maßſtabes nicht zu ſcheuen; nur vergeſſe man dabei nicht, daß die alte Freiheit, durch und durch bedingt und moderirt, wie ſie war, durch die thatſächlichen Vorausſetzungen, die ſie in Rom vorfand, nur aus dem Leben heraus verſtanden werden kann. Wer dieſen Geſichtspunkt feſthält, der wird nicht umſonſt nach dem „ſittlichen Geiſt“ der altrömiſchen Einrichtungen ſuchen, während dieſer Geiſt allerdings demjenigen, der ohne Kenntniß der Quellen, ohne Anſchauung römiſchen Lebens, römiſcher Denkart und Sinnesweiſe ſich an die Aufgabe gewagt hat, niemals erſcheinen wird.[472b])

472b) Den zweifelhaften Ruhm, der beſte Repräſentant dieſer Klaſſe von Schriftſtellern zu ſein, muß man dem Verfaſſer des Note 43 und 143 genannten Werkes laſſen; es fehlt ihm übrigens nicht an Concurrenten.

Verlag von **Breitkopf und Härtel** in Leipzig.

Abhandlungen aus dem römischen Recht.

Von

Rudolph von Ihering.

gr. 8. 1844. 3 *M.*

Geist des römischen Rechts

auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Von

Rudolph von Ihering,

Geh. Justizrathe und ordentl. Professor der Rechte in Göttingen.

1. Theil. 4. revidirte Auflage. Mit dem Sach- und Quellenregister zu den bisher erschienenen vier Bänden. gr. 8. 1878. 10 *M.*
2. „ 1. Abtheilung. 4. revidirte Auflage. gr. 8. 1881. 7 *M.* 50 *Pf.*
2. „ 2. „ 3. verbesserte Auflage. gr. 8. 1875. 9 *M.*
3. „ 1. „ 3. verbesserte Auflage. gr 8. 1877. 9 *M.*

Supplement-Band. Sach- und Quellenregister apart. 1878. 1 *M* 20 *Pf.*

Bedeutung des römischen Rechts

für die moderne Welt.

Von

Rudolph von Ihering.

Abdruck aus der zweiten Auflage von des Verfassers „Geist des römischen Rechts".

gr. 8. 1865. 50 *Pf.*

Der Zweck im Recht

von

Rudolph von Ihering,

Geheimem Justizrathe und ordentlichem Professor der Rechte in Göttingen, correspondirendem Mitgliede der Akademieen in Amsterdam, Rom und Wien, Ehrenmitgliede der Universitäten Kasan, Moskau und Petersburg.

Erster Band. gr. 8. 1877. n. 12 *M.*

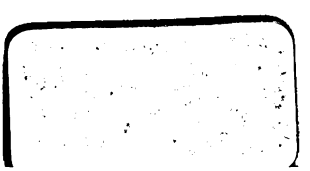
(Zweiter Band in Vorbereitung.)

Vermischte Schriften

juristischen Inhalts

von

Rudolph von Ihering,

Geh. Justizrathe und Professor in Göttingen.

gr. 8. 1879. n. 8 *M* 50 *Pf.*